Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Herbert Roßner,

Referendar aus Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Historisches 2

I. Das deutsche Recht bis zur Einführung der Gewerbefreiheit

II. Das deutsche Recht seit Einführung der Gewerbefreiheit

§ 2. Das Zustandekommen der §§ 74,75 des Handelsgesetzbuches 12

§ 3. Wesen, Inhalt und Auslegung der Konkurrenzklausel . . . 17

§ 4. Das richterliche Ermäßigungsrecht 25

§ 5. Die Konkurrenzklausel abgeschlossen bei Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen 32

§ 6. Die Fälle der Vertragsbeendigung, für die die Konkurrenzklausel nicht gilt 36

§ 7. Die Folgen der Übertretung der Konkurrenzklausel 56

Literaturverzeichnis.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. Herausgegeben von A. J. Lößnitzer, Präsident des Oberlandesgerichts und C. B. Kurtz, Senatspräsident am Oberlandesgericht. Leipzig. (Zitiert: A. d. O.L.G. Dr.)

Anschütz und **von Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Erlangen 1868.

Badische Rechtspraxis. (Zitiert: B.R.)

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Bd. Berlin und Leipzig 1886 u. 1896.

Böhm, Das neue Recht des Handlungsgehilfen vom 1. Januar 1898 an. Frankfurt a. d. O. 1897.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Nach Band und Nummer zitiert.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Begründet von F. B. Busch.

Bluntschli, Deutsches Staatshandwörterbuch. 4. Bd.

Cohn, Zur Revision des Handelsgesetzbuches. Im „Archiv für bürgerl. Recht" 12. Bd. Berlin 1897.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart. 3. Aufl. 1895. 5. Aufl. 1900. 6. Aufl. 1903.

Deutsche Juristen-Zeitung. Herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub. Berlin (Liebmann). (Zitiert: J.Z.)

Dove, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1900.

Düringer und **Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1. Bd. Mannheim 1899. (Zitiert: Düringer und Hachenburg.)

Danziger, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896. (Zitiert: Denkschrift.)

Ehrenberg, Das Wesen der Firma. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den negativen Verbindlichkeiten. Goldschmidts Zeitschrift 28. Bd. S. 27ff.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1887.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Leipzig. (Zitiert: R.G.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Stuttgart 1871—80. (Zitiert: R.O.H.G.)

Frankenburger, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München 1902.

Frankfurter Rundschau. (Zitiert: Frankf. R.)

Fravi, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen nach dem Handelsgesetzbuche von 1897. Inaug.-Dissert. Borna-Leipzig 1903.

Fuld in Gruchots Beiträgen 6. Folge 1. Jahrg. 4. und 5. Heft S. 565ff.

Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen. Hannover 1897. (Zitiert: Fuld.)

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Aufl. München 1905.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gareis und **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Berlin 1901. (Zitiert: Goldmann.)

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Stuttgart 1891.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

Gierke, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Vortrag. Dresden 1897.

Haase, Der Handlungsgehilfe und sein Chef. Berlin 1898.

von Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Braunschweig 1894.

Hahn, Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen 6. Bd.: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897. (Zitiert: Hahn, Mugdan.)

Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 4. Bd. 2. Aufl. Jena 1900.

Hahn, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1901.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Neue Folge der Monats- bezw. Wochenschrift für Aktienrecht. Herausgegeben von P. Holdheim. Berlin 1892ff. (Zitiert: Holdheim.)

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Berlin 1897.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins. Berlin. (Zitiert: J.W.)

Könige, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1899.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim 1883.

Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover 1901—1904.

Kaufmann, Die wesentlichen Unterschiede des alten und neuen Handelsgesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1901.

Korn, Das neue Handelsgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1901.

Keyßner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Erlangen 1878.

von Kräwel, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Halle 1879.

Lehmann und **Ring,** Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. Berlin 1902.

Lemberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. Breslau 1888.

Litthauer, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 12. Aufl. Berlin 1904.

Lubszynski, Das neue Handelsgesetzbuch. Hamburg (Börsenhalle) 1896.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 12. Aufl. Berlin 1901. (Zitiert: Makower.)

Moses, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Breslau 1897.

Makower-Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches. Berlin 1896.

Methner, Das neue und das alte Handelsgesetzbuch in ihren Abweichungen. Breslau 1899.

Obst, Das Buch des Kaufmanns. Leipzig 1905.

Pilz, Der Prinzipal und seine Angestellten. Gegenseitige Rechte und Pflichten. Leipzig 1898.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1897.

Prager, Das Recht der Handlungsgehilfen. Vortrag. Berlin 1898.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. 4. Aufl. von R. Förtsch. Leipzig 1899.

Reinshagen, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.

Renger, Die Beurteilung von Konkurrenzklauseln unterm Recht der §§ 74, 75 des H.G.B. vom 10. Mai 1897. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1903.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann. Leipzig. (Zitiert: R.O.L.G.)

Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Ritter, Die Konkurrenzklausel im neuen Rechte. Deutsche Juristenzeitung 7. Jahrgang Nr. 15 S. 349 ff. (Zitiert: Ritter.)

Rudorff, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Stuttgart 1898.

Rießer, Zur Revision des Handelsgesetzbuches. Stuttgart 1887.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Bd. 1. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900. (Zitiert: Staub.)

Sievert, Die Konkurrenzverbote des Handlungsgehilfen. Inaug.-Dissert. Rostock 1901.

Steiner, Die Konkurrenzklausel nach dem neuen Handelsgesetzbuche. Stuttg. 1898. (Zitiert: Steiner.)

Scherer, Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Leipzig 1899.

Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. Vortrag. Berlin 1896.

Stenographische Berichte der 9. Legislatur-Periode des Reichstages.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Obertribunals gelangt sind. Berlin. (Zitiert: Striethorst.)

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

C.P.O. = Civilprozeßordnung in der Fassung vom 17. Mai 1898.

E.G.H.G.B. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897.

G.O. = Gewerbeordnung vom 26. Juli 1900.

H.G.B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Einleitung.

Das Gesetz vom 27. Mai 1896 über den unlauteren Wettbewerb war durch seine strengen Vorschriften über den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen von seiten der Angestellten, Arbeiter oder Lehrlinge eines Geschäftsbetriebes dem Prinzipal straf- und civilrechtlich Schutz gewährend zur Seite getreten. Dieses Gesetz bot aber auch den Anlaß, für den Inhalt der Verträge zwischen Prinzipal und Angestellten, welche bestimmt sind, den Angestellten für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit zu beschränken, seine Gewerbefreiheit also teilweise oder gänzlich aufzuheben, gewisse Normen aufzustellen.

Die Behandlung dieser Verträge, die in der Praxis als Konkurrenzklauseln bezeichnet werden, ist teils im § 133 f. der Gewerbeordnung vom 26. Juli 1900, teils in den §§ 74, 75 des H.G.B. vom 10. Mai 1897 geschehen.

Die nähere Betrachtung der beiden eben genannten Paragraphen des Handelsgesetzbuchs soll den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden.

§ 1.

Historisches.

I. Das deutsche Recht bis zur Einführung der Gewerbefreiheit.

In Deutschland begann erst nach dem Ende des ersten Jahrtausends ein einheitlicher Kaufmannsstand sich zu entwickeln. Solange hier das Prinzip der allgemeinen Gewerbefreiheit noch nicht bestand, — und das war bis zum Beginn des vorigen Jahrhunderts der Fall — war die Frage nach Zulässigkeit vertragsmäßiger Beschränkung der Gewerbefreiheit ohne jede Bedeutung. Überdies waren auch hier wie im alten Rom die Gehilfen eines Kaufmanns in erster Linie seine Familienangehörigen. Denn der Betrieb war meistenteils nur klein und primitiv, und im Großbetriebe gab es, abgesehen von den großen Firmen der Handelsplätze, nur wenige Handlungsdiener. Der Kaufmann hatte also gewöhnlich keine Konkurrenz gewesener Gehilfen zu befürchten. Außerdem boten ihm aber die bestehenden Zunftverfassungen genügende Mittel, jede Konkurrenz auszuschließen. So mußte z. B. nach einer Lübecker Urkunde der Lehrling, wenn er weiterhin nach der Lehrzeit in derselben Stadt blieb, auch bei demselben Herrn weiterdienen „alse deme, de ohne mit Schaden tho gesettet und gelehret, deme he ock darvor billich danckbarheit unnd wedderunne Gudes tho doende plichtich is“, und ein Statut der Krämerzunft bestimmte, daß ein Krämer einen Kommis niemals einem anderen ausmieten und ihn gegen den Willen des bisherigen Chefs sogar nach Ablauf der kontraktlichen Dienstzeit nicht übernehmen dürfte.[1])

[1]) Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 4 S. 986.

Außerdem wurde nach den Zunftverfassungen Kontraktbruch seitens des Gehilfen mit Ausstoßung aus dem Berufe bestraft.

Hiervon, wie von dem Besitze des erforderlichen Kapitals aber ganz abgesehen, lag außerdem noch die Schwierigkeit eigener Etablierung in der Gewinnung der Zunft, bei der der Geselle um die Erlaubnis zur Errichtung eines eigenen Gewerbebetriebes nachzusuchen hatte. Konnte er nicht seine „ehrliche Geburt“ nachweisen oder war er nicht Sohn oder Schwiegersohn eines Meisters, Gatte oder Verlobter einer Meisterswitwe, so wurde besonders seit Entartung der Zünfte seine Etablierung häufig hintertrieben.

Solange also die Zunftverfassungen mit ihren oft harten Bestimmungen allein genügenden Schutz vor schädigender Konkurrenzentfaltung boten, bedurfte es einer vertragsmäßigen Beschränkung derselben für die Zukunft noch nicht.

Erst seit dem 16. Jahrhundert tauchen vereinzelt bei Abschluß von Dienstverträgen mit Handelsgehilfen Vereinbarungen auf, die etwa unserer heutigen Konkurrenzklausel entsprechen. So verpflichtet sich z. B. in einem Nürnberger Kontrakt vom Jahre 1579 der Kommis seinem Herrn, einem Tuchhändler, unter anderem weder am Orte noch anderswo in eine Tuchhandlung einzutreten, wenn ihn der Chef vor Ablauf der zehn Jahre entlasse.[1])

Aber im großen und ganzen blieben die geschilderten Zustände bestehen, bis die Zunftverfassung nebst den entsprechenden Reglements dem modernen Wirtschaftsprinzipe der Gewerbefreiheit gewichen war. Bis dahin war also ein Bedürfnis nach vertragsmäßiger Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit noch nicht eigentlich entstanden.

---

[1]) Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 4 S. 987.

II. Das deutsche Recht seit Einführung der Gewerbefreiheit.

Das Zunftwesen war allmählich dem Konzessionssystem gewichen. Aber auch dieses System der Gebundenheit, das die Ausübung eines neuen Gewerbebetriebes von staatlicher Genehmigung abhängig machte, konnte sich bei den besseren Verkehrsmitteln und den Fortschritten in der Technik auf die Dauer nicht halten. Der ganzen auf die individuelle Freiheit zielenden geistigen Strömung des vorigen Jahrhunderts konnte einzig und allein die Idee der Gewerbefreiheit zusagen. Schon der Schotte Adam Smith, auch Turgot hatten darauf hingewiesen, daß einer der Grundpfeiler möglichst ertragsfähiger Arbeit die freie Koukurrenz sei. An die Stelle des Handels- und Gewerbeschutzes sollte also die Handels- und Gewerbefreiheit treten.

Frankreich führte sie zuerst ein durch das Gesetz vom 17. Juni 1791, indem es einem jeden, der die Gebühr für einen Gewerbeschein entrichtete, das Recht zuerkannte, ein Gewerbe zu betreiben.

In Deutschland dagegen vollzog sich der Übergang zur vollständigen Gewerbefreiheit nur langsam. Preußen war der einzige Staat, der rascher ans Werk ging.[1]) Hier wurde am Anfang des 19. Jahrhunderts die Gewerbefreiheit im Prinzip proklamiert durch die Geschäftsinstruktion für die Regierungen vom 26. Dezember 1808[2]): „Bei allen Ansichten, Operationen und Vorschlägen der Regierungen muß der Grundsatz leitend bleiben, niemanden im Genuß seines Eigentums, seiner bürgerlichen Gerechtsame und Freiheit, solange er

[1]) vgl. Bluntschli, Deutsches Staatswörterbuch Bd. 4 S. 323.

[2]) § 34, vgl. auch § 50 dieser Geschäftsinstruktion.

in den gesetzlichen Grenzen bleibt, weiter einzuschränken, als es zur Beförderung des allgemeinen Wohles nötig ist; einem jeden innerhalb der gesetzlichen Schranken die möglichst freie Entwicklung und Anwendung seiner Anlagen, Fähigkeiten und Kräfte, in moralischer sowohl als physischer Hinsicht zu gestatten und alle dagegen noch obwaltenden Hindernisse baldmöglichst auf eine legale Weise hinwegzuräumen."

Dieser Instruktion folgten die Edikte vom 2. November 1810[1]) und 7. September 1811,[2]) die ebenfalls vollkommene Gewerbefreiheit zusicherten. Das Edikt vom 2. November 1810 bestimmte in § 1, daß ein jeder Gewerbetreibende verpflichtet sei, einen Gewerbeschein zu lösen. Dieser Gewerbeschein gewährte nach § 2 die Befugnis zur Fortsetzung oder zum neuen Anfange eines Gewerbes und gab demjenigen, auf den er lautete, nach § 16 „das Recht, in dem ganzen Umfange unserer Staaten, sowohl in den Städten, als auf dem platten Lande, das in demselben benannte Gewerbe auf bestimmte Zeit zu treiben und von den Behörden dabei geschützt zu werden".[3]) § 17 wiederholte zum Überfluß, daß keiner Korporation und keinem einzelnen ein Widerspruchsrecht zustehe.

---

[1]) Edikt vom 2. 11. 1810 über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer (G.S. 1810 S. 79 Nr. 9). In dieser Gesetzessammlung ist das Edikt irrtümlich vom 28. 10. 1810 in der Überschrift datiert.

[2]) Gesetz vom 7. 9. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe in bezug auf das Edikt vom 2. 11. 1810 wegen Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer (G.S. 1811 S. 263 Nr. 51). An Stelle beider Gesetze ist das Gesetz wegen Entrichtung einer Gewerbesteuer vom 30. 5. 1820 getreten. Dieses Gewerbesteuergesetz wurde wieder von der Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 und später von der Reichsgewerbeordnung vom 21. 6. 1869 abgelöst.

[3]) vgl. auch Striethorst Bd. 52 S. 232 und 233.

Nachdem später die Kontroverse entstanden war, ob die durch die eben genannten Edikte garantierte Gewerbefreiheit durch Verträge zwischen den Kontrahenten beschränkt werden könnte, erging „die allerhöchste Kabinettsorder vom 19. April 1813 betr. die zwischen verschiedenen Kontrahenten bestehenden Verträge, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken“[1]): „Insofern zwischen verschiedenen Kontrahenten Verträge bestehen, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken oder hindern, kommt es bei Beurteilung ihrer Gültigkeit darauf an, ob sie vor der Publikation des Gewerbesteuerediktes vom 2. November 1810 oder erst nach derselben geschlossen sind. Im letzten Falle sind sie gegen die Bestimmungen eines allgemeinen Landesgesetzes errichtet und also dergestalt nichtig, daß daraus keine Klage desjenigen Kontrahenten, der dadurch Rechte erlangt zu haben glaubt, von einem Gerichtshof angenommen werden darf“ usw.

Hiernach wären also alle Verträge, die den Betrieb eines Gewerbes ganz oder in gewisser Beziehung untersagten, als unzulässige Beschränkungen der Gewerbefreiheit zu behandeln gewesen. Dementsprechend haben auch die Entscheidungen des königl. Obertribunals gelautet.[2]) Wenn trotzdem einige

[1]) G.S. 1813 Nr. 12 S. 69.

[2]) Urteil des 2. Senates vom 3. 6. 1856 (Striethorst Bd. 21 S. 251). Hiernach wurde eine Verabredung, „wonach ein Brennereibesitzer den Branntwein an einem gewissen Orte und in einem gewissen Umkreise nicht verkaufen dürfte“, gemäß der Kabinettsorder vom 19. 4. 1813 als nichtig befunden. — Urteil des 4. Senates vom 31. 3. 1863 (Striethorst Bd. 48 S. 282). Hier wurde ein Kaufgeschäft über Grundstücke, worin der Verkäufer sich zugleich verpflichtet hatte, „in der Stadt W. kein offenes Kolonialwarengeschäft

Urteile,[1]) die dieselbe Streitfrage betreffen, anders entschieden haben, so beruht dies auf besonderen Gründen. Einerseits wurde nämlich die Verabredung, nach der ein Grundstück nicht zu einem gewissen Gewerbe benutzt werden darf, als eine dingliche Belastung dieses Grundstücks und deshalb als gegen die Grundsätze der persönlichen Gewerbefreiheit nicht verstoßend angesehen,[2]) andererseits wurden die vertragsmäßigen Beschränkungen der Gewerbefreiheit für gültig anerkannt, wenn die Verträge hierüber in Landesteilen geschlossen waren, in denen weder das Edikt vom 2. November 1810 noch die Kabinettsorder vom 19. April 1813 Gesetzeskraft erlangt hatte.[3])

---

zu errichten", als unvereinbar mit der Kabinettsorder vom 19. 4. 1813 und als von vornherein ungültig erklärt. — Urteil des 3. Senats vom 5. 2. 1864 (Striethorst Bd. 52 S. 229). Der Vertrag, in welchem der Vermieter eines städtischen Geschäftslokales z. B. zum Betriebe einer Destillation, sich verpflichtet, in dieser Stadt dasselbe Geschäft nicht zu betreiben, auch mit Waren dieses Geschäftes nicht zu handeln, wurde, als der Kabinettsorder vom 19. 4. 1813 zuwiderhandelnd, für nichtig befunden.

[1]) Urteil des 3. Senates vom 17. 12. 1851 (Striethorst Bd. 4 S. 187). Urteil des 4. Senates vom 17. 1. 1854 (Striethorst Bd. 11 S. 238). Urteil des 3. Senates vom 3. 2. 1854 (Striethorst Bd. 12 S. 101). Urteil des 4. Senates vom 23. 10. 1862 (Striethorst Bd. 47 S. 103). Urteil des 3. Senates vom 14. 3. 1873 (Striethorst Bd. 88 S. 139).

[2]) Striethorst Bd. 4 S. 187, Bd. 12 S. 101, Bd. 88 S. 139.

[3]) Urteil des 4. Senates vom 17. 1. 1854 (Striethorst Bd. 11 S. 238): Durch die Einführung des A.L.R. in den ehemals sächsischen Provinzen ist weder das die Gewerbefreiheit in den alten Provinzen regulierende Gesetz vom 2. 11. 1810 zur Ausführung gebracht worden, noch auch hat daselbst die Kabinettsorder vom 19. 4. 1813 Gesetzeskraft erlangt. — Urteil des 4. Senates vom 23. 10. 1862 (Striethorst

Die Frage nach der Gültigkeit vertragsmäßiger Einschränkungen der Gewerbefreiheit wurde von neuem angeregt seit der Einführung einer einheitlichen Gewerbeordnung für die ganze preußische Monarchie am 17. Januar 1845. Die Bestimmungen dieser preußischen Gewerbeordnung enthielten kein Verbot vertragsmäßiger Beschränkungen der Gewerbefreiheit. Nunmehr mußte demnach bei Beurteilung solcher Gewerbefreiheitsbeschränkungen das Verhältnis dieser Gewerbeordnung zur Kabinettsorder vom 19. April 1813 berücksichtigt werden. Auch hieraus erklärt sich, weshalb die Entscheidungen des königl. Obertribunals über diese Frage in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht einheitlich ausfielen. Denn je nachdem man die Gründe für die Entscheidungen auf der Gewerbeordnung von 1845 oder auf der Kabinettsorder von 1813 aufbaute, fielen die Entscheidungen aus.

Diese in der Hauptsache auf den Grundsätzen der Gewerbefreiheit beruhende Gewerbeordnung erlitt auf Grund der Beschlüsse des vom 15. Juli bis 18. August 1848 in Frankfurt a. M. tagenden „Handwerkerparlaments“ eine ganz bedeutende Beschränkung. Das Gesetz vom 22. Juni 1861 erweiterte aber die Gewerbefreiheit wieder bedeutend.

Das Jahr 1866 brachte auch in dem nunmehr für Preußen einheitlichen Rechte eine Umwälzung. Volle Rechtseinheit für die Gewerbefreiheit brachte erst die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes durch das Gesetz vom 21. Juni 1869, welches nach Gründung des Deutschen Reiches Reichsgesetz wurde.

Bd. 47 S. 103): Das Edikt vom 2. 11. 1810 und die Kabinettsorder vom 19. 4. 1813 haben in den wiedereroberten Provinzen niemals Gesetzeskraft erlangt.

Aber auch hier blieb wieder die Frage nach dem Verhältnis der Bundesgewerbeordnung zur Gewerbeordnung von 1845 und demgemäß zur Kabinettsorder von 1813 offen. Dementsprechend hielt auch das Urteil des königl. Obertribunals vom 15. Mai 1876 gemäß der Kabinettsorder vom 19. April 1813 an der Ansicht fest, daß vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbefreiheit nichtig seien, während bereits vorher ein Urteil vom 14. Februar 1873 und später ein Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. Juli 1877 die Frage, ob durch die Bestimmungen der Bundesgewerbeordnung vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbefreiheit ausgeschlossen und verboten wären, mit aller Entschiedenheit verneint hatte.

Mit dieser letzten Auffassung stimmte auch die wiederholt geäußerte Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts überein.[1]) Es hatte sich schon vor der Entscheidung des königl. Obertribunals vom 14. Februar 1873 dahin ausgesprochen, daß vertragsmäßige Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit an sich zulässig seien,[2]) aber die Verabredung einer Beschränkung in der Gewerbefreiheit sollte nicht schlechthin gültig sein, sondern nur dann, wenn hierdurch die persönliche Freiheit und Erwerbstätigkeit des einzelnen in einem der Sittlichkeit und dem öffentlichen Interesse nicht widerstreitenden Maße eingeschränkt würde. Hiervon ausgehend erklärte das Reichsoberhandelsgericht eine in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Beziehung eng begrenzte Beschränkung der Gewerbefreiheit für vollkommen gültig,[3]) verwarf dagegen eine in allen drei Punkten unbegrenzte Einschränkung als un-

[1]) R.O.H.G. Bd. 7 Nr. 108, Bd. 12 Nr. 9 u. 73, Bd. 15 Nr. 49, Bd. 16 Nr. 46, Bd. 19 Nr. 46, Bd. 21 Nr. 85.

[2]) R.O.H.G. Bd. 7 Nr. 108, auch Bd. 12 Nr. 9.

[3]) R.O.H.G. Bd. 7 Nr. 108, Bd. 15 Nr. 49, Bd. 16 Nr. 46.

sittlich[1]) und erkannte ferner eine räumlich begrenzte, zeitlich und gegenständlich unbegrenzte oder eine zeitlich begrenzte, räumlich und gegenständlich unbegrenzte Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit für gültig an,[2]) wenn die räumliche oder zeitliche Begrenzung eine derartige war, daß mit Rücksicht auf sie die unbegrenzten Beschränkungen sich in den Grenzen der Billigkeit und Sittlichkeit zu bewegen schienen.[3])

Diese vom Reichsoberhandelsgerichte gezogene Grenze überschreitet nun aber ein Erkenntnis des Reichsgerichts, das Einschränkungsstipulationen, die weder räumlich noch zeitlich beschränkt waren, für gültig anerkannte. E.R.G. Bd. 2 Nr. 30 sagt nämlich: „In den meisten bisher zur Entscheidung der höchsten Gerichtshöfe gelangten Fällen lautete die angefochtene Vertragsbestimmung dahin, daß der eine Kontrahent ein bestimmtes Gewerbe während einer bestimmten Zeit oder in einem örtlich bestimmten Bezirke nicht oder nur mit Beschränkungen betreiben dürfe. Allein durch eine solche örtliche oder zeitliche Begrenzung der vertragsmäßigen Beschränkung des Gewerbebetriebes des einen zum Vorteil des anderen Kontrahenten ist die Rechtsverbindlichkeit solcher Stipulationen keineswegs bedingt. An sich ist eine solche vertragsmäßige Beschränkung, welcher der eine Kontrahent dem anderen Kontrahenten gegenüber sich unterwirft, ohne daß eine Begrenzung nach Ort oder Zeit hinzugefügt wird, der Regel nach nicht rechtsungültig, solange nicht ein öffent-

---

[1]) R.O.H.G. Bd. 18 Nr. 25, Bd. 21 Nr. 85, Bd. 31 Nr. 18.

[2]) R.O.H.G. Bd. 12 Nr. 9, Bd. 19 Nr. 46.

[3]) vgl. auch Reinshagen S. 11.

liches Interesse, welches die Gewerbeordnung schützen will, dadurch verletzt wird.[1])

Später änderte aber das Reichsgericht wieder seine Ansicht. Es erklärte den Abschluß einer Konkurrenzklausel, die eine Beschränkung weder in örtlicher noch zeitlicher Hinsicht enthielt, für unzulässig.[2])

So war also demnach die Rechtsprechung zu dem Resultat gelangt, daß eine der Billigkeit und Sittlichkeit entsprechende vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbefreiheit als gültig anerkannt wurde.

Daß mit einer solchen Begrenzung für die Dauer nichts erreicht war, und daß gerade die so dehnbaren Begriffe wie Billigkeit und Sittlichkeit die Grundlage zu dauernden Streitigkeiten bei der Auslegung der Konkurrenzklausel bildeten, bewies die Praxis leider nur allzu bald. Aus diesem Grunde ist es leicht erklärlich, daß der Wunsch nach gesetzlicher Regelung der Konkurrenzklausel immer mehr ein allgemeiner wurde.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vom 5. Juni 1869, das in seinem ersten Buche auch das Verhältnis des Prinzipals zu seinen Angestellten geregelt hat, hatte noch keine Stellung zur Konkurrenzklausel genommen. Erst das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat die vielumstrittene Frage, innerhalb welcher Grenzen die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel für den Handlungsgehilfen verbindlich ist, in den §§ 74, 75 zu lösen versucht.

Die Geschichte dieser Paragraphen soll im folgenden behandelt werden.

---

[1]) vgl. auch Lemberg S. 16.

[2]) R.G. Bd. 31 Nr. 18 S. 97.

§ 2.

Das Zustandekommen der §§ 74, 75 H.G.B.

Der erste Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich hatte noch keine Bestimmungen getroffen über Verträge von Prinzipalen mit ihren Angestellten, die bestimmt sind, die fernere Erwerbstätigkeit der Untergebenen nach Auflösung des Dienstverhältnisses einzuschränken oder gar aufzuheben. Die Sachverständigenkommission erachtete aber bereits die gesetzliche Regelung solcher Konkurrenzklauseln für unumgänglich notwendig. Freilich gingen die Ansichten ihrer Mitglieder wesentlich auseinander.

Der im Juli 1896 veröffentlichte erste Entwurf eines Handelsgesetzbuches[1]) nebst einer die Begründung enthaltenden Denkschrift regelte in seinem § 67 die Konkurrenzklausel. Er lautete:

> Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.
>
> Löst der Prinzipal, ohne daß in der Person des Handlungsgehilfen ein genügender Grund vorliegt, das Dienstverhältnis auf, oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Veran-

[1]) Amtliche Ausgabe, aufgestellt im Reichsjustizamt, Guttentag, Berlin 1896.

lassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses, so kann er aus einer Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig.

Die Vorlage, die hierauf am 22. Januar 1897 an den Reichstag gelangte, zerlegte unter Hinzusetzung wesentlicher Ergänzungen, besonders im Anschluß an die Vorschläge beteiligter Kreise und an die Verhandlungen des 23. deutschen Handelstages zu Berlin am 15. und 16. Oktober 1896, den § 67 in zwei Paragraphen[1]):

§ 73. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

§ 74. Kündigt der Prinzipal das Dienstverhältnis, ohne daß ein von ihm nicht verschuldeter erheblicher Anlaß vorliegt, oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 69, 70 auf-

---

[1]) vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage, Guttentag, Berlin 1897.

zulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 73 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

Von § 67 findet sich also wörtlich Abs. 1 in § 73 Abs. 1, während § 67 Abs. 2 in etwas veränderter Fassung sich in § 74 Abs. 1 und 3 wiederfindet. Neu ist § 73 Abs. 2 zum Schutze des minderjährigen Handlungsgehilfen und § 74 Abs. 2, der den Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens bei stipulierter Konventionalstrafe ausschließt.

Diese Bestimmungen über die Konkurrenzklausel wurden bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstages in der 171. und 172. Sitzung am 9. und 10. Februar 1897 von einer Anzahl Abgeordneter kritisiert.[1]) Die Folge davon war die Überweisung des Entwurfs an eine Kommission von 21 Mitgliedern. Sie lehnte sämtliche Abänderungsanträge zu § 73 ab und fügte ihm den Zusatz bei, daß eine vertragsmäßige Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit die Dauer von

[1]) vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, Berlin 1897, Bd. 6 S. 4560, 4564, 4569, 4584, 4600.

drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an gerechnet nicht überschreiten dürfe.[1])

Auch § 74 erfuhr in zweiter Lesung durch diese Kommission eine Veränderung. Er gewährte nunmehr dem Prinzipal im Falle einer von ihm ausgehenden Kündigung die Möglichkeit, durch Fortzahlung des zuletzt von dem Gehilfen bezogenen Gehaltes die Konkurrenzklausel für die Dauer der vertragsmäßigen Beschränkung aufrechtzuerhalten.[2])

In der 206. Sitzung am 5. April 1897 nahm der Reichstag bei der zweiten Beratung im Plenum nach lebhaften Wortkämpfen die §§ 73, 74 den Vorschlägen der Kommission entsprechend an.[3])

In der 208. Sitzung am 7. April 1897 wurde endlich der gesamte Entwurf des Handelsgesetzbuches in der dritten Beratung im Plenum des Reichstages so wie er in der zweiten Beratung gestaltet worden war, einstimmig en bloc angenommen.[4])

Nunmehr ist der Wortlaut der die Konkurrenzklausel betreffenden Bestimmungen folgender:

> § 74. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand

---

[1]) vgl. Mugdan, Materialien S. 565 ff.

[2]) vgl. Mugdan, Materialien S. 569 ff.

[3]) vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, Berlin 1897, S. 5528/5539; Mugdan, Materialien S. 696 u. 697.

[4]) vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, Berlin 1897, Bd. 7 S. 5586.

nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

§ 75. Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

§ 3.

Wesen, Inhalt und Auslegung der Konkurrenzklausel.

I. Nach der Definition des Gesetzes (§ 74 H.G.B.) ist die Konkurrenzklausel eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird. Ihr Inhalt ist also ein negativer oder nach allgemeiner Bezeichnung eine negative Vertragsobligation, dazu bestimmt, eine Konkurrenz von dem Berechtigten fernzuhalten, indem sie die gewerbliche Handlungsfreiheit des Verpflichteten in gewisser Beziehung beschränkt, und zwar gewöhnlich für den Übertretungsfall unter Androhung von Vermögensnachteilen. Sie ist eine Schutzmaßregel zum Schutze berechtigter Interessen des Kaufmanns. Sie soll verhindern, daß der Handlungsgehilfe die beim Prinzipal gesammelten Erfahrungen nach Beendigung des Dienstverhältnisses zum Nachteile desselben durch seine gewerbliche Tätigkeit verwertet. Ebenso, wie durch das Patent- und Autorrecht die Errungenschaften des Genies und des Fleißes gegen unberechtigte Ausbeute Dritter gesichert sein sollen, ebenso will derjenige, der sich im Besitze einer eigenartigen Industriemethode oder einer soliden Kundschaft befindet, sich durch vertragsmäßiges Verbot gegen rücksichtslose Eingriffe seines ehemaligen Bediensteten, den er in seine Industriemethode eingeweiht, in seine Kundschaft eingeführt hat, schützen.[1])

[1]) vgl. Kohler, Gesammelte Abhandlungen I. Abt.: Civilistische Abhandlungen, 3. Vertragsmäßige Beschränkungen des Gewerbebetriebes S. 62.

II. Die Konkurrenzklausel ist eine Vereinbarung. Über die Form eines solchen Vertrages enthält das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung. Da das Bürgerliche Gesetzbuch nur im Ausnahmefalle bei Abschluß von Verträgen Schriftlichkeit erfordert oder strengere Vorschriften gibt, so genügt hier also für die Vereinbarung einer solchen Konkurrenzklausel die Mündlichkeit.

Die sich bei Abschluß des Vertrages gegenüberstehenden Kontrahenten sind Prinzipal und Handlungsgehilfe. Die nähere Definition dieser Begriffe „Prinzipal und Handlungsgehilfe" glaube ich übergehen zu dürfen und verweise auf die ausführlichen Erklärungen hierüber besonders in den Kommentaren zum neuen Handelsgesetzbuche.

Nur die Konkurrenzklausel zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen bezw. Handlungslehrling nach H.G.B. § 76 Abs. 1 unterliegt den Bestimmungen der §§ 74, 75 H.G.B.[1]) Auf die der Gewerbeordnung unterstellten Angestellten im Sinne von G.O. § 133 a, also z. B. auf einen Ingenieur in einer Fabrik, finden demgemäß die Vorschriften der §§ 74, 75 H.G.B. keine Anwendung, sondern vielmehr der dem § 74 H.G.B. fast wörtlich entsprechende § 133 f. G.O.[2]) Auch eine analoge Anwendung der für die Handlungsgehilfen geltenden Bestimmungen der §§ 74, 75 H.G.B. auf das vereinbarte Konkurrenzverbot zwischen selbständigen Kaufleuten ist aus-

---

[1]) Gleichgültig ist es selbstverständlich, ob diese Personen direkt miteinander kontrahieren, oder ob der Vertrag durch Bevollmächtigte abgeschlossen wird, z. B. wenn der Handlungsgehilfe durch einen Prokuristen angestellt wird.

[2]) O.L.G. Karlsruhe 13. 4. 1900; B.R. 1900 S. 122; Das Recht 1900 S. 377.

geschlossen.[1]) Hierfür werden die allgemeinen Bestimmungen der §§ 138, 226 B.G.B. maßgebend sein. Das Verbot wird zulässig sein, sofern es nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit, insbesondere zur wirtschaftlichen Vernichtung des Verpflichteten führt.

Lebhaft erörtert worden ist die Frage, ob die Bestimmungen der §§ 74, 75 H.G.B. auf den kaufmännischen Volontär Anwendung finden können. Der Meinung, daß in Ansehung der Konkurrenzklausel der Volontär dem Handlungsgehilfen gleichzustellen sei, kann ich mich nicht anschließen Das Handelsgesetzbuch definiert den Handlungsgehilfen als einen, der zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist. Unter diese Kategorie von Personen kann aber der kaufmännische Volontär m. E. nicht gerechnet werden. Oftmals wird er aber freilich die Stellung eines Handlungslehrlings einnehmen. Dann finden auf ihn gemäß § 76 H.G.B. die Vorschriften der §§ 74, 75 H.G.B. von selbst Anwendung. Im übrigen wird aber auch die von ihm mit dem Prinzipal abgeschlossene Konkurrenzklausel den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen.

Die Konkurrenzklausel wird geschlossen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Im Gegensatz zu einer solchen Vereinbarung steht das gesetzliche Konkurrenzverbot des § 60 H.G.B.,[2]) nach welchem

---

[1]) R.G. 28. 8. 1901; J.W. 1901 S. 725, 20; Seuff. Arch. Bd. 56 S. 413; O.L.G. Frankfurt 14. 1. 1901; Frankf. R. 1902 S. 15; R.G. 6. 12. 1902; Sächs. Arch. Bd. 13, 200.

[2]) H.G.B. § 60 Abs. 1: Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

dem Handlungsgehilfen während der Dauer seines Dienstverhältnisses verboten ist, ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe zu betreiben, noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen, und § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896,[1]) wonach dem Handlungsgehilfen verboten ist, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses anderen zum Zwecke des Wettbewerbes mitzuteilen.

Durch die Konkurrenzklausel wird der Handlungsgehilfe vom Prinzipal in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt. Wie schon oben bemerkt,[2]) will diese Beschränkung verhindern, daß der Handlungsgehilfe die gesammelten Erfahrungen zum Nachteile des Prinzipals verwertet. Eine solche Verwertung kann in mehrfacher Weise

---

[1]) § 9: Mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk. oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, mitteilt. Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder an andere mitteilt. Zuwiderhandlungen verpflichten außerdem zum Ersatze des entstandenen Schadens. Mehrere Verpflichtete haften als Gesamtschuldner.

[2]) S. 17.

vor sich gehen. Der frühere Handlungsgehilfe kann ein Konkurrenzunternehmen selbst begründen, oder er kann bei dem Unternehmer eines Konkurrenzbetriebes in gleiche Stellung eintreten, ja man wird unter einer solchen Verwertung von gesammelten Erfahrungen ohne Zweifel auch die Mitteilung anvertrauter oder sonst zugänglich gewordener Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse des Prinzipals an andere oder ihre selbständige Verwertung nach Auflösung des Dienstverhältnisses zu verstehen haben.[1])

Will die Konkurrenzklausel eine derartige Verwertung ausschließen oder auch nur beschränken, so liegt darin zweifellos eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit. Sie kann sich auch sonst noch sehr verschiedenartig gestalten. Sie

---

[1]) vgl. auch Ritter S. 350: „Hierher gehören auch diejenigen Verträge, durch welche sich jemand für die Zeit nach der Erledigung des Hauptrechtsverhältnisses verpflichtet, ein ihm vermöge dieses Verhältnisses anvertrautes oder sonst zugänglich gewordenes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis anderen nicht mitzuteilen oder sonst zu Zwecken des Wettbewerbs zu verwerten (vgl. Wettbewerbsgesetz § 9). Daß auch auf Vereinbarungen dieser Art § 74 H.G.B. Anwendung finden muß, beweist nicht das Gegenteil, sondern nur, daß die Gesetzgebung fehlgegangen ist (Sten. Ber. S. 5530 u. 5536)." A. A. Makower zu § 74 IV S. 127, 128; Düringer und Hachenburg zu § 74 X S. 239; Goldmann zu § 74 III S. 360.

Die Richtigkeit dieser Ansicht scheint mir, wenn auch nur indirekt, auch aus einem Urteil des Reichsgerichts vom 24. Februar 1903 hervorzugehen: „Eine dem Handlungsgehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit unzulässig beschränkende Vereinbarung kann auch dann angenommen werden, wenn dem Handlungsgehilfen durch die ihm auferlegte Verpflichtung zur Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen seines bisherigen Prinzipals die Erlangung einer anderen Stellung oder die Gründung einer selbständigen Stellung wesentlich erschwert wird." Recht 1903 S. 215.

kann geschehen in räumlicher, zeitlicher, qualitativer und quantitativer Beziehung: für einen gewissen lokalen Bezirk, für einen gewissen Zeitraum, für gewisse Warengattungen oder Gewerbe, endlich für den Umfang oder die Art des Gewerbebetriebes. Diese verschiedenartigen Formen der Beschränkung können auch kumulativ angewendet werden.

III. Wird nun eine Konkurrenzklausel im Sinne von §§ 74, 75 H.G.B. in den Vertrag aufgenommen, so muß sie den daselbst aufgestellten Voraussetzungen, die in den nächsten Paragraphen der Abhandlung noch näher zu betrachten sein werden, entsprechen. Ist dies der Fall, so ist bei der Auslegung der betreffenden Klausel der Grundsatz der §§ 133, 157 B.G.B. mit besonderem Nachdruck zu berücksichtigen, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen ist und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist (§ 133 B.G.B.), und wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern (§ 157 B.G.B.). „Im Zweifel ist die Grenze der Beschränkung eher enger zu ziehen als zu erweitern; denn die Beschränkung schafft einen Ausnahmezustand, eine Beeinträchtigung der individuellen Freiheit. Es sind daher einerseits Umgehungen eines klaren Konkurrenzverbotes nicht für zulässig zu erachten,[1]) andererseits ist darauf zu achten, daß aus der Beschränkung nicht mehr abgeleitet wird, als sie tatsächlich festsetzt.“ [2]) Zu

---

[1]) vgl. Bolze 5 Nr. 603, 10 Nr. 434, 16 Nr. 388, 18 Nr. 408, 20 Nr. 369, 22 Nr. 414.

[2]) vgl. Bolze 8 Nr. 459, 462, 9 Nr. 245, 11 Nr. 353; Düringer und Hachenburg zu § 74 VI S. 238; ders. Aus. Staub zu § 74 Anm. 9 S. 290; Bolze 16 Nr. 324; Ritter S. 351; Bolze 5 Nr. 200, 8 Nr. 463, 13 Nr. 398.

einer solchen Annahme ist aber m. E. kein zwingender Grund vorhanden und dürfte wohl die Ansicht Ritters den Vorzug verdienen.[1]) Seiner Meinung nach führen nämlich die allgemeinen Auslegungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Umstand, daß der Berechtigte hinsichtlich des behaupteten Umfanges seines Anspruchs beweispflichtig ist, zu angemessenen Resultaten. Einige Beispiele mögen zeigen, wie verschieden die verschiedenen Konkurrenzklauseln ausgelegt worden sind.

Wenn dem Angestellten der Eintritt in ein gleichartiges Unternehmen untersagt ist, so darf er ein solches auch nicht begründen;[2]) auch seine Ehefrau darf das verbotene Konkurrenzgeschäft nicht betreiben.[3]) Hat er versprochen, sich weder direkt noch indirekt an dem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, so kann er auch nicht bei einem Dritten als Angestellter eintreten;[4]) er darf die Einrichtung eines solchen Unternehmens auch nicht durch die Bereitstellung der erforderlichen Mittel für Dritte, insbesondere für Angehörige fördern.[5]) Das Verbot, ein Putzgeschäft zu betreiben, läßt den Abschluß einzelner Rechtsgeschäfte dieser Branche frei und hemmt nur die Eröffnung einer diesbezüglichen Handelsniederlassung.[6]) Bezieht sich ein solches Verbot auf eine bestimmte Stadt,

---

[1]) Ritter S. 351; vgl. auch Staub zu § 74 Anm. 9 S. 290 3. Satz; Bolze 4 Nr. 668, 669; 6 Nr. 525, 526; 10 Nr. 432; 11 Nr. 354, 355; 12 Nr. 414, 415; 13 Nr. 397, 399; 16 Nr. 386; 20 Nr. 455, 458; 22 Nr. 413, 414; 23 Nr. 468, 470, 471.

[2]) Bolze 5 Nr. 305.

[3]) Urteil des Reichsgerichts vom 3. Oktober 1896, J. Z. 1896 S. 424.

[4]) R.G. Bd. 40 S. 97.

[5]) R.G. vom 13. Novbr. 1897, Sächs. Arch. Bd. 8 S. 118.

[6]) Bolze 9 Nr. 245; anders jedoch 12 Nr. 415.

so gilt dies für das ganze Stadtgebiet und die entferntesten Gegenden, unter Umständen sogar für Straßen, die nicht der politischen Gemeinde dieser Stadt angehören, wenn sie nur zu demselben Handelsplatz gehören.[1]) Geht das Verbot dahin, daß jemand an einem bestimmten Orte ein Konkurrenzgeschäft nicht betreiben darf, so kann er trotzdem für sein außerhalb etabliertes Geschäft durch Bereisen, Zusendung von Preislisten usw. an jenem Orte wirken,[2]) oder an die Kunden dieses Ortes liefern.[3]) Wer sich verpflichtet, die Kunden nicht länger zu besuchen, darf sie auch nicht länger durch Reisende besuchen lassen.[4]) Geht die Konkurrenzklausel dahin, daß der Angestellte binnen gewisser Zeit keinen Reiseposten bei einem Konkurrenzgeschäft annehmen darf, so hindert dies ihn nicht, für ein von ihm selbst begründetes und geführtes Geschäft Reisen zu machen.[5]) Die Vereinbarung, der bisherige Reisende dürfe die Kunden seines bisherigen Hauses nicht besuchen, ist dahin auszulegen, daß ihm nicht jeder geschäftliche Verkehr, sondern nur eben der Besuch und zwar auch nur der geschäftliche Besuch verboten sei.[6]) Wer sich verpflichtet, einen bestimmten Artikel nicht zu fabrizieren, darf denselben auch nicht aus Surrogaten herstellen.[7])

---

[1]) Bolze 4 Nr. 669; anders freilich Bolze 8 Nr. 462: Ob sich ein Konkurrenzverbot auch auf die Vororte einer Stadt erstreckt, ist Tatfrage.

[2]) Bolze 8 Nr. 459; R.G. vom 21. Septbr. 1901, Sächs. Arch. Bd. 12 S. 87.

[3]) Bolze 8 Nr. 463.

[4]) Bolze 22 Nr. 365.

[5]) O.L.G. Dresden 29. April 1901, Sächs. Arch. Bd. 11 S. 152.

[6]) O.L.G. Hamburg 15. Januar 1904; R.O.L.G. Bd. 8 S. 255.

[7]) Bolze 18 Nr. 408.

§ 4.

Das richterliche Ermäßigungsrecht.

Die Behelfe, welche dem alten Recht gegen die Konkurrenzklauseln zu Gebote standen, waren für die Dauer nicht ausreichend. Das Reichsgericht stand, wie bereits erwähnt,[1]) im allgemeinen auf dem Standpunkt, daß die Konkurrenzklausel dann als unverbindlich zu betrachten sei, wenn sie sich als eine gegen Sittlichkeit und öffentliche Ordnung verstoßende Beseitigung der Freiheit wirtschaftlicher Selbständigkeit darstellte. Der Richter hatte also nur die Möglichkeit, die Konkurrenzklausel schlechthin für unverbindlich oder für gültig zu erklären.

Die Unbilligkeit eines solchen Zustandes für den Prinzipal wurde allseitig anerkannt. Auch die Kommission für Arbeiterstatistik sprach sich gegen eine derartige Behandlung der Konkurrenzklausel aus. Ihr Vorschlag, bestimmte zahlenmäßige Grenzen festzusetzen, welche ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot hinsichtlich seiner räumlichen und zeitlichen Ausdehnung nicht überschreiten dürfe, würde zwar den Vorzug der festeren Bestimmtheit und der bequemeren Handhabung gehabt haben, hätte sich aber sicherlich in der Praxis in den einzelnen Fällen bald als zu eng, bald als zu weit erwiesen. Auch der Gedanke, die Gültigkeit der Beschränkung von der Gewährung einer besonderen Vergütung für ihre Übernahme abhängig zu machen, erschien unpraktisch, da im Falle seiner Verwirklichung die Gehilfen in keiner Weise gegen eine entsprechende Minderung ihres Gehaltes gesichert gewesen sein wären. Der ferner gemachte Vorschlag, die Konkurrenzklausel nur solchen Gehilfen gegen-

[1]) S. 11.

über zuzulassen, deren Gehaltsbezüge eine gewisse Höhe überschreiten, erschien mit Rücksicht auf die kleineren Gewerbetreibenden unannehmbar. Unter diesen Umständen blieb nach der Ansicht der Denkschrift nur ein Weg übrig, im Gesetz eine allgemeine Bestimmung dahin zu treffen, daß die Konkurrenzklausel in einer der Billigkeit entsprechenden Art und Weise nach Zeit, Ort und Gegenstand begrenzt sein muß.

Dieser Erwägung Rechnung tragend, ist die Konkurrenzklausel nach § 74 Abs. 1 H.G.B. für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Durch eine solche Regelung ist es möglich geworden, dem richterlichen Ermessen einen erheblich weiteren Spielraum zu gewähren, als es das alte Recht gestattete; denn der Richter kann nunmehr die in der Konkurrenzklausel enthaltene Beschränkung auf das der Billigkeit entsprechende Maß zurückführen und hat nicht mehr bloß die Möglichkeit über Gültigkeit oder Ungültigkeit zu entscheiden. Ob die Konkurrenzklausel die Grenzen der Billigkeit überschreitet, kann aber nur nach Lage der konkreten Umstände entschieden werden. Bei Beurteilung dieser Grenzen hat der Richter die Verhältnisse beider Parteien, sowohl des Prinzipals wie des Handlungsgehilfen, in Betracht zu ziehen und gleichmäßig zu prüfen. Erst nach Berücksichtigung aller in dieser Hinsicht wichtigen Punkte kann er sein Urteil fällen und die Beschränkung auf die Grenze der Billigkeit zurückführen. Alter und Branche werden auf seiten des Handlungsgehilfen wichtige Faktoren bei Beurteilung der Frage

bilden, während auf seiten des Prinzipals das berechtigte Interesse an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung eine wichtige Grundlage für die Entscheidung bilden wird. Aber auch die Höhe des vom Gehilfen während des Dienstverhältnisses bezogenen Gehaltes oder der Betrag einer ihm für die Beschränkung seiner späteren Tätigkeit etwa gewährte besondere Vergütung kann von Erheblichkeit sein; denn bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Umfang der vereinbarten Konkurrenzbeschränkung mit der Billigkeit verträgt, ist auch in Betracht zu ziehen, ob etwa die besonderen Vorteile, welche der Gehilfe aus dem Dienstverhältnis gezogen hat, zugleich als eine ausreichende Entschädigung für die ihm auferlegte Beschränkung anzusehen sind. Der Richter wird also in weit geringerem Maße nach rechtlichen Gesichtspunkten zu urteilen haben, als nach den durch Billigkeitsrücksichten beherrschten Erwägungen. Insofern hat auch Fulds Vergleich dieser richterlichen Tätigkeit, welche § 74 H.G.B. zum Gegenstande hat, mit der Ausübung der prätorischen Gerichtsbarkeit bis zu einem gewissen Grade seine Berechtigung.[1])

Aus § 74 Abs. 1 H.G.B. ergibt sich von selbst, daß jede Konkurrenzklausel eine gewisse Erschwerung des Fortkommens für den Handlungsgehilfen enthalten wird. Das liegt in ihrem Wesen und dem mit ihr verbundenen Zweck. Eine Klausel, welche dieser Wirkung entbehrt, hätte praktisch so gut wie keinen Wert. Aber diese Erschwerung soll nicht unbillig sein. Alles, was nach dem Konkurrenzvertrage eine unbillige Erschwerung in dem weiteren Fortkommen des

[1]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot. 18. Zur Regelung der Konkurrenzklausel von Rechtsanwalt Dr. L. Fuld in Mainz.

Handlungsgehilfen enthält, hat der Richter aus der Konkurrenzklausel zu eliminieren, so daß dann nur noch eine der Billigkeit entsprechende Beschränkung in der ferneren gewerblichen Tätigkeit besteht.

Die richterliche Urteilsbildung ist vergleichbar der Lösung eines Subtraktionsexempels, dessen Minuend die vereinbarte Konkurrenzklausel, dessen Subtrahend die in ihr enthaltene unbillige Beschränkung ist. Die Differenz ergibt dann die der Billigkeit entsprechende Klausel. Ist der Minuend gleich dem Subtrahend, so ist die ganze Klausel ungültig. Das richterliche Ermäßigungsrecht verwandelt sich also dann in das Recht der Ungültigkeitserklärung. Dieser Fall wird hauptsächlich eintreten, wenn dem Prinzipal ein berechtigtes Interesse an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung fehlt, denn dann enthält selbst die kleinste Beschränkung eine Unbilligkeit. Ein solcher Fall wird namentlich dann vorliegen, wenn der Prinzipal das Geschäft in einer anderen Branche als der Handlungsgehilfe betreibt, so daß von einer Konkurrenzklausel nicht mehr die Rede sein kann. Ebenso verliert die Konkurrenzklausel ihre Gültigkeit mit Aufgabe des durch die Klausel geschützten Geschäftsbetriebes.

Bei der Bildung einer Entscheidung darf sich aber der Richter nicht gänzlich von seinem freien Ermessen leiten lassen, sondern er hat nur nach Ort, Zeit und Gegenstand die Beschränkung auf ihre Billigkeit hin zu prüfen. Nur unter Berücksichtigung dieser drei Gesichtspunkte hat er nach seinem Ermessen der Konkurrenzklausel diejenige Gestaltung zu geben, welche den gesetzlichen Erfordernissen des § 74 Abs. 1 H.G.B. genügt.

Hieraus folgt aber noch nicht, daß die Konkurrenzklausel stets eine sowohl zeitlich wie örtlich als auch gegenständlich

begrenzte Beschränkung zu enthalten habe. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Konkurrenzvertrag nach einer, ja sogar nach zwei Richtungen hin sehr wenig begrenzt oder gar unbegrenzt ist, jedoch nach der dritten Richtung hin dann aber so beschränkt ist, daß das Gesamtbild, welches die Konkurrenzklausel hiernach bildet, trotzdem noch den Grenzen der Billigkeit entspricht. Diese drei Momente greifen also ineinander und werden gemeinsam zu berücksichtigen und gegen einander abzuwägen sein.

Was die Zeit anbetrifft, ist das freie Ermessen des Richters insofern beschränkt worden, als nach § 74 Abs. 2 H.G.B. die Beschränkung nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden darf. Diese Bestimmung widerspricht dem alten Recht, das rechtsgültige Konkurrenzklauseln auf längere Zeit, ja sogar auf Lebenszeit des Beschränkten kannte. Warum man gerade den Zeitraum von 3 Jahren als Höchstgrenze angenommen hat, dafür findet sich nirgends eine eingehende Begründung. Man war sich jedenfalls einig, daß ein einziges Jahr nicht ausreiche, um den Prinzipal nach Auflösung des Dienstverhältnisses mit seinem Handlungsgehilfen vor Entfaltung späterer Konkurrenztätigkeit zu schützen. Den Vorzug hat aber diese, jeder inneren Begründung entbehrende Vorschrift, daß im Falle ihrer Verletzung hinsichtlich des Übermaßes ihre Unverbindlichkeit feststeht, doch tritt hier nicht etwa die Nichtigkeit der ganzen Klausel ein, sondern eine die Vorschrift des § 74 Abs. 2 überschreitende Konkurrenzklausel bleibt innerhalb dieser Grenze gültig. Die gesetzlich gezogene zeitliche Maximalgrenze hat aber nicht die Bedeutung, daß jede Beschränkung auf weniger als drei Jahre sich stets in den Grenzen der Billigkeit hält. Der

Richter hat vielmehr die Befugnis, kraft seines Ermäßigungsrechtes die Dauer der Konkurrenzklausel innerhalb des Zeitrahmens von 1 Tag bis zu 3 Jahren festzusetzen.

Hinsichtlich der räumlichen Begrenzung gilt freies richterliches Ermessen. In der Reichstagskommission war vorgeschlagen worden, auch in dieser Beziehung eine Maximalgrenze zu ziehen, und zwar wollte man den Umkreis von einem Kilometer von der Niederlassung des Prinzipals aus gerechnet als höchste räumliche Begrenzung der Konkurrenztätigkeit festsetzen. Diesem Antrag ist aber mit guten Gründen nicht stattgegeben worden, und nunmehr ist es dem Ermäßigungsrechte des Richters völlig überlassen, die Konkurrenzklausel in räumlicher Ausdehnung mit der Billigkeit in Einklang zu bringen. Für den Prinzipal wird es natürlich von größtem Interesse sein, das Absatzgebiet, das er sich von Jahr zu Jahr erweitert, auf dem er festen Fuß gefaßt hat, ausschließlich sich zu erhalten. Je größer und weiter also seine Geschäftsbeziehungen sind, desto größere Ausdehnung in räumlicher Beziehung wird die Konkurrenzklausel erhalten. Andererseits wird aber auch zu berücksichtigen sein, daß der Handlungsgehilfe seine Fähigkeiten und Kenntnisse gerade dort am besten verwerten kann, wo er mit dem Geschäftsbetrieb des Prinzipals bekannt geworden ist.

Ähnlich wie mit der Konkurrenzklausel in räumlicher Beziehung verhält es sich auch in bezug auf den Gegenstand der Beschränkung. Ein Teil einer Branche, eine ganze Branche oder mehrere Branchen zusammen können den Inhalt der Konkurrenzklausel hinsichtlich des Gegenstandes bilden. Auch hier stellt der Gesetzgeber es in das freie richterliche Ermessen, einen einzelnen Artikel einer bestimmten Branche, einen Handelszweig oder mehrere aus dem Konkurrenzvertrage

auszuschalten. Auch Beschränkungen hinsichlich der Art der ferneren Beschäftigung dürften hierher gehören.

Eine Überschreitung des Vertragsinhaltes steht dem Richter aber nicht zu. Er wird z. B. nicht aussprechen können, daß eine nur einen bestimmten Geschäftszweig betreffende Konkurrenzklausel, weil unbillig, sich auf einen anderen im Vertrage nicht bezeichneten Geschäftszweig beziehen solle.

Zu erörtern wäre an dieser Stelle noch die Frage, wann die richterliche Entscheidung bei solchen Streitigkeiten zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen eingreifen wird. Hierfür bieten sich zwei Möglichkeiten: entweder während oder nach Auflösung des Dienstverhältnisses. Kläger kann entweder sein der Prinzipal oder der Handlungsgehilfe. Während des Dienstverhältnisses wird praktisch freilich nur der Handlungsgehilfe im Wege der Feststellungsklage die richterliche Entscheidung anrufen, um die Grenzen der Gültigkeit der Konkurrenzklausel feststellen zu lassen, unter der Voraussetzung, daß er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Fesstellung hat (C.P.O. § 256). Den Nachweis hierfür zu erbringen, dürfte ihm fast ausnahmslos gelingen. Aber auch bei oder auch nach Auflösung des Dienstvertrages bleibt es dem Handlungsgehilfen überlassen, gegen seinen früheren Prinzipal die Feststellungsklage anzustrengen. Sowohl bereits nach Vereinbarung einer Konkurrenzklausel als auch noch nach Auflösung des Dienstverhältnisses wird es für den Handlungsgehilfen von größtem Interesse sein, alsbald zu wissen, inwieweit er sich in Wirklichkeit für die Zukunft dem Konkurrenzvertrage zu unterwerfen hat. Beginnt er unbekümmert um die Klausel nach Auflösung des Dienstverhältnisses eine Tätigkeit, die auch nur teilweise den getroffenen Konkurrenz-

vereinbarungen zuwiderläuft, so können für ihn die größten Schwierigkeiten und Verluste entstehen; ja er kann sogar gezwungen werden, seine neue Tätigkeit oder Stellung ganz oder teilweise aufzugeben. Der Natur seiner Stellung als Untergebener entsprechend, wird freilich die Feststellungsklage, wenn auch zulässig, während der Dauer des Dienstverhältnisses vom Handlungsgehilfen nur in den seltensten Fällen angestrengt werden; sie wird vielmehr bei oder nach Beendigung des Dienstvertrages erhoben werden.

Der Prinzipal dagegen wird praktisch als Kläger nur nach Auflösung des Dienstvertrages auftreten können. Das ergibt sich schon aus der Art des Vertrages selbst, der ja den Prinzipal nach Auflösung des Dienstverhältnisses mit seinem Handlungsgehilfen vor konkurrierender Tätigkeit schützen will. Seine Klage wird dann regelmäßig die Unterlassungsklage sein, zu der er aktiv legitimiert ist, falls der Handlungsgehilfe seiner getroffenen Vereinbarung zuwider gehandelt hat.

§ 5.

Die Konkurrenzklausel abgeschlossen bei Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen.

Nach der Vorschrift des § 74 Abs. 3 H.G.B. ist die Konkurrenzklausel dann nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig, d. h. gemäß §§ 2, 3 B.G.B. noch nicht volljährig geworden ist.

Nach der Denkschrift (S. 64) rechtfertigt sich diese Vorschrift durch die Erwägung, daß eine Vertragsbestimmung, durch welche der Gehilfe hinsichtlich der künftigen Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit einer Beschränkung unterworfen

wird, ihn nur binden darf, wenn er bei Übernahme der Verpflichtung in der Lage ist, deren Tragweite in vollem Umfang selbst zu würdigen, und daß andererseits ein Antragsteller, der noch nicht das Alter der Volljährigkeit erreicht hat, der Regel nach kaum so bald in der Lage sein wird, die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers durch die Tätigkeit in einem Konkurrenzbetriebe zu gefährden.

Entscheidend für die Anwendung des Gesetzes ist die Zeit des Konkurrenzvertragsabschlusses.[1]) Als Konsequenz hiervon ergibt sich, daß die Konkurrenzklausel auch dann noch nichtig ist, wenn sie zwar mit einem minderjährigen Handlungsgehilfen vereinbart ist, der Handlungsgehilfe aber erst nach eingetretener Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung sein neues Dienstverhältnis angetreten hat.

Die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel tritt selbst dann ein, wenn der Vertrag von dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen gemäß § 108 B.G.B. genehmigt oder von diesem überhaupt in rechtsgültiger Weise abgeschlossen ist.[2]) Sie tritt auch dann ein, wenn die Klausel keine Unbilligkeit für den minderjährigen Handlungsgehilfen enthält.

Da also ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, so genügt auch nicht die bloße Fortsetzung des Dienstvertrages nach Eintritt der Volljährigkeit, um die vorher nichtige Konkurrenzklausel konvaleszieren zu lassen. Es muß vielmehr mit dem nunmehr volljährigen Handlungsgehilfen ein neuer

---

[1]) Ebenso Fuld: „Der für die Beurteilung der Frage, ob eine Konkurrenzvereinbarung von einem Minderjährigen abgeschlossen ist, maßgebende Zeitpunkt ist derjenige, in welchem die Klausel durch beiderseitige Willenserklärung ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach festgestellt worden ist.

[2]) vgl. Denkschrift S. 64.

Konkurrenzausschließungsvertrag geschlossen werden, der selbstverständlich nicht die Grenzen überschreiten darf, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Könnte nicht aber eine der Vorschrift des § 74 Abs. 3 H.G.B. zuwiderlaufende Konkurrenzklausel noch auf eine andere Weise als durch erneute Vornahme nach Eintritt der Volljährigkeit in eine gültige umgewandelt werden? Da, wie wir gesehen haben,[1]) für die Vereinbarung der Konkurrenzklausel keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, so wird m. E. die nichtige Willenserklärung auch in Form einer konkludenten Handlung erneuert werden können. Eine solche konkludente Handlung ist gemäß § 141 B.G.B. als erneute Vornahme zu beurteilen, d. h. sie muß so beschaffen sein, daß sie einen erneuten Abschluß des Konkurrenzausschließungsvertrages durch stillschweigende Willenserklärung bedeutet.

Einige Schriftsteller[2]) haben auch zu der Kontroverse Stellung genommen, ob eine nach § 74 Abs. 3 H.G.B. nichtige Konkurrenzklausel die Nichtigkeit des ganzen Dienstvertrages zur Folge habe.

M. E. muß hierbei unterschieden werden, ob die Klausel vom Dienstvertrage getrennt ist, oder ob sie einen Bestandteil des letzteren bildet. Im ersteren Falle berührt ohne Zweifel die Nichtigkeit der Klausel nicht die Gültigkeit des Dienstvertrages. Wie nun aber im zweiten Falle? Im Gegensatz zu den Ausführungen Staubs[3]) in seinem Kommen-

---

[1]) S. 18.

[2]) Düringer und Hachenburg, Lehmann und Ring, Goldmann.

[3]) Exkurs zu § 62 S. 259.

tar bringt die Mehrzahl[1]) für die Beantwortung dieser Frage in Gemäßheit des Art. 2 Abs. 1 E.G. H.G.B. das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung. Sie stützt sich auf § 139 B.G.B.: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es nicht ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“ Hieraus ergäbe sich, daß es lediglich auf den Parteiwillen ankäme. Würden die Parteien auch ohne Konkurrenzklausel den Dienstvertrag geschlossen haben, so würde selbstverständlich die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel die Gültigkeit des Dienstvertrages nicht berühren. Dieser Fall würde aber nur äußerst selten vorliegen; denn gerade dem Prinzipal sei fast ausnahmslos daran gelegen, bei Abschluß eines Dienstvertrages mit einem neuen Handlungsgehilfen Maßregeln zu treffen, wie er sich für den Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses vor drohender Konkurrenz schützen könne. Oftmals würde der Handlungsgehilfe sogar nur unter Bedingung der unweigerlichen Unterwerfung unter die dem Dienstvertrage eingefügte Konkurrenzklausel engagiert. Sei also letztere gemäß § 74 Abs. 3 H.G.B. nichtig, so ergäbe sich als Folge nach § 139 B.G.B. auch die Nichtigkeit des ganzen Dienstvertrages. Der Prinzipal könne seinen Handlungsgehilfen sofort entlassen.

Diese Härte dem Handlungsgehilfen gegenüber scheint für Staub die Veranlassung gewesen zu sein, die Anwendung des § 139 B.G.B. auszuschließen. Seiner Meinung nach, der ich mich anschließe, entspricht es einzig und allein dem Willen des Gesetzes, daß in allen hier in Rede stehenden

[1]) Lehmann und Ring zu § 74 Nr. 4 S. 180; Goldmann zu § 74 Anm. 2 S. 360 und zu § 62 II Anm. 5 S. 311; Düringer und Hachenburg zu § 74 IX S. 239.

Fällen zwar die Konkurrenzklausel nichtig ist, der Vertrag aber regelmäßig bestehen bleibt. Durch die Anwendung des § 139 B.G.B. würden die Schutzvorschriften der §§ 74, 75 H.G.B. geradezu beitragen, die Rechtsstellung des Handlungsgehilfen anstatt zu befestigen, nur noch unsicherer zu machen.

Auch auf andere Weise kann man noch zu demselben Resultat gelangen, wenn man, die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches nach Art. 2 Abs. 1 E.G.H.G.B. ausschließend, § 74 Abs. 3 H.G.B. nur seinem Wortlaut entsprechend auslegt. § 74 Abs. 3 H.G.B. spricht nur von der Vereinbarung. Hierunter ist ohne Zweifel nur eine Vereinbarung der im § 74 Abs. 1 H.G.B. bezeichneten Art, durch welche der Handlungsgehilfe für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit vom Prinzipal beschränkt wird, die Konkurrenzklausel allein, zu verstehen, nicht aber der ganze Vertrag mit dem Handlungsgehilfen.

§ 6.

Die Fälle der Vertragsbeendigung, für die die Konkurrenzklausel nicht gilt.

Von der Erwägung ausgehend, daß es dem Prinzipal nur dann gestattet sein dürfe, seinem Gehilfen Beschränkungen hinsichtlich seiner freien weiteren Erwerbstätigkeit aufzuerlegen, wenn er seinerseits bereit sei, dem Gehilfen in seinem Geschäft, soweit es angehe, die Möglichkeit des weiteren Fortkommens zu gewähren,[1]) bestimmt § 75 Abs. 1 H.G.B., daß der Prinzipal seine Ansprüche aus der Konkurrenzklausel

[1]) vgl. Denkschr. S. 64; Hahn S. 243.

nicht geltend machen kann, wenn er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund gibt, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriten der §§ 70, 71 H.G.B. aufzulösen. Seiner Rechte aus der Konkurrenzklausel soll der Prinzipal aber auch dann verlustig gehen, wenn er selbst das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Die Anwendung dieser Vorschriften setzt also voraus, daß das Dienstverhältnis durch einseitige Aufhebung gelöst ist, dürfte daher nicht Platz greifen, wenn z. B. die Parteien die Auflösung des Dienstverhältnisses anläßlich eines Streites vereinbart haben.[1])

Aus § 75 Abs. 1 H.G.B. folgt umgekehrt positiv, daß der Prinzipal aus einer der Vorschrift des § 74 H.G.B. genügenden Konkurrenzklausel die ihm zustehenden Ansprüche unbeschränkt dann geltend machen kann, wenn der Handlungsgehilfe unter Einhaltung der gesetzlichen resp. vertragsmäßigen Kündigungsfrist oder ohne Einhaltung einer solchen seinen Dienst aufgibt, ohne daß ein wichtiger Grund hierzu im Sinne der §§ 70, 71 H.G.B. vorgelegen hat, daß er aber andererseits seiner Rechte aus der Klausel auch dann nicht verlustig geht, wenn er seinerseits aus einem erheblichen, von ihm nicht verschuldeten Anlaß das Dienstverhältnis kündigt, oder daß er nach seiner Kündigung dem Handlungsgehilfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortzahlt.

[1]) O.L.G. Posen 8. 10. 1903; R.O.L.G. Bd. 8 S. 96; Recht 1904 S. 171.

§ 75 Abs. 1 H.G.B. hat eine Neuerung gegenüber dem alten Rechte geschaffen. Die frühere Rechtsprechung erkannte nämlich die Rechsbeständigkeit der vereinbarten Konkurrenzklausel ohne Rücksicht darauf, von welcher Seite die Auflösung des Dienstverhältnisses geschehen war, an. Ja sogar noch mehr. Die Klausel wurde auch dann noch nicht hinfällig, wenn das Dienstverhältnis durch berechtigte Kündigung des Angestellten wegen schuldhaften Verhaltens des Prinzipals vorzeitig beendigt worden war.[1])

§ 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. behandelt die Kündigung des Handlungsgehilfen. In § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. ist der Prinzipal der kündigende Teil. Im folgenden soll zunächst der erste Fall behandelt werden.

I. Die Kündigung des Handlungsgehifen hat für den Prinzipal den Verlust der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel zur Folge, wenn sie resultiert aus einem vertragswidrigen Verhalten des Prinzipals, das dem Handlungsgehilfen Grund gegeben hat, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 zu lösen. Nach § 70 H.G.B. kann das Dienstverhältnis von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Was wichtig ist, hat im Streitfalle das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen. § 71 H.G.B. zählt einige besonders wichtige Gründe namentlich auf, die eine sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Handlungsgehilfen herbeizuführen imstande sind, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen. Unfreundliche, vorwurfsvolle, rücksichtslose, kränkende, beschimpfende Behandlung seitens des Prinzipals kann z. B. dem Handlungsgehilfen einen Grund geben zur

---

[1]) vgl. auch Steiner S. 5c.

Auflösung des Dienstverhältnisses im Sinne von § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B.[1]) Ein wichtiger Grund allein genügt aber noch nicht, um die Hinfälligkeit der Klausel zu bewirken, vielmehr muß das vertragswidrige Verhalten des Prinzipals einen wichtigen Dienstauflösungsgrund im Sinne von § 70 H.G.B. für den Handlungsgehilfen bilden; mit anderen Worten: das vertragswidrige Verhalten muß kausal für den wichtigen Kündigungsgrund sein. Brauchte dies nicht der Fall zu sein, so würde besonders die Vorschrift des § 71 Ziff. 1 H.G.B. geeignet sein, eine allzu große Härte für den Prinzipal zu enthalten. Denn der Handlungsgehilfe könnte dann, wenn er zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird ohne ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals, also z. B. durch Krankheit oder andere nur in seiner Person liegende Momente, das Dienstverhältnis nach § 71 Ziff. 1 H.G.B. kündigen mit der Wirkung, daß diese Kündigung die Hinfälligkeit der Klausel zur Folge hat.

Das vertragswidrige Verhalten des Prinzipals muß sowohl subjektiv wie objektiv rechtswidrig sein.[2])

Über die Frage, ob der Handlungsgehilfe bei vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 H.G.B. notwendigerweise sofort wirklich aufzulösen hat, um sich von den Fesseln der stipulierten Klausel zu lösen, oder ob es genügt, erst nach tatsächlichem Ablauf des Dienstverhältnisses oder unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist das Vorliegen eines Dienstauflösungsgrundes im Sinne von §§ 70, 71 H.G.B. geltend zu machen, um dem Prinzipal endgültig die Vorteile der Kon-

[1]) O.L.G. Dresden 12. 6. 1903., A. d. O.L.G. Dresden Bd. 25 S. 214; vgl. auch O.L.G. Hamburg 21. 10. 1903, R.O.L.G. Bd. 7 S. 385.

[2]) vgl. Reinshagen S. 32.

kurrenzklausel zu entziehen, ist lebhaft gestritten worden. Cosack[1]) ist der Ansicht, daß der Prinzipal vom Gehilfen nicht einmal auf die Hinfälligkeit der vereinbarten Konkurrenzklausel aufmerksam gemacht zu werden brauche. Nach ihm geht der Prinzipal aller seiner Rechte aus der Klausel verlustig, wenn er überhaupt einmal dem Handlungsgehilfen durch vertragswidriges Verhalten Grund gegeben hat, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 H.G.B. zu lösen, gleichviel, ob der Handlungsgehilfe darnach im Dienst verblieben ist oder nicht.[2])

Staub,[3]) als Hauptvertreter der gegenteiligen Ansicht, meint dagegen, daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zur einseitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses diese ein-

---

[1]) Cosack § 19 S. 98; vgl. Düringer und Hachenburg § 75, 1a S. 241; Horrwitz S. 124.

[2]) Mit dieser Ansicht stimmen auch meistenteils die Entscheidungen höherer Gerichte überein: „Der Wortlaut des § 75 Abs. 1 H.G.B. verlangt nur einen Grund, der zum Dienstaustritt berechtigt, nicht auch, daß der Handlungsgehilfe von diesem Grunde sofort Gebrauch macht; vielmehr greift er auch Platz, wenn der Handlungsgehilfe auf jenen Grund hin unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist den Dienst verlassen hat. Allerdings ist im Falle nicht sofortigen Austritts stets zu prüfen, ob nicht in dem Verbleiben im Dienst eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit zu finden ist.“ (vgl. auch Cosack S. 115; Düringer und Hachenburg S. 241.) „Ferner kommt es nicht darauf an, ob der betreffende Grund für den Austritt gerade entscheidend gewesen ist; es genügt vielmehr, daß er den Handlungsgehilfen zum Austritt objektiv berechtigte, und es ist deshalb unerheblich, ob andere Umstände den Handlungsgehilfen veranlaßt haben, von diesem seinem Rechte Gebrauch zu machen.“ R.G. 22. 1. 1904, J.W. 1904 S. 149, 23; O.L.G. Posen 8. 10. 1903; O.L.G. 8, 96.

[3]) Staub § 75 Anm. 2 S. 293; Goldmann § 75 Anm. 1; Makower § 75, 1a S. 129; Lehmann und Ring § 75 Nr. 2 S. 182.

seitige Aufhebung auch unmittelbar erfolgen müsse. Erfolge sie nicht unmittelbar, verbleibe vielmehr der Gehilfe in seiner Stellung und warte die Vertragsdauer ab, oder kündige nur mit ordentlicher Frist, dann liege kein Fall vor, nach dem der Prinzipal seiner Rechte aus der Konkurrenzklausel verlustig gehe.[1])

Beide Ansichten dürften m. E. bei näherer Betrachtung zu Bedenken Veranlassung geben.

Folgt man Cosack, so begünstigt man den Handlungsgehilfen; vertritt man die Meinung Staubs, so legt man das Gesetz nur zum Nachteile des Handlungsgehilfen aus.

Weder der Inhalt des § 75 Abs. 1 S. 1 H.G.B. noch der Wille des Gesetzgebers berechtigen aber m. E. zu einer einseitigen Parteinahme.

Schon Steiner[2]) hat darauf hingewiesen, daß durch die Heranziehung des § 62 H.G.B.[3]) durch § 71 Ziff. 3 H.G.B. zu den wichtigen Auflösungsgründen dem Gehilfen das Recht

---

[1]) Diese Ansicht vertretend hebt auch ein Erkenntnis des O.L.G. Stuttgart vom 10. 4. 1902 (R.O.L.G. Bd. 5 S. 272) in seinen Gründen hervor, daß es lediglich für das fernere Bestehen der Konkurrenzklausel darauf ankomme, aus welchen Gründen das Dienstverhältnis aufgelöst sei, nicht aus welchen es hätte aufgelöst werden können.

[2]) S. 16.

[3]) § 62 Abs. 1 und 2 H.G.B. lautet: Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehilfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebes es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlaf-

zur vorzeitigen Lösung in ganz außerordentlicher Weise erweitert und erleichtert worden sei. Trennt man aber mit Cosack dieses sofortige Kündigungsrecht nach §§ 70, 71 H.G.B. von der Pflicht der sofortigen Kündigung, um die Hinfälligkeit der Konkurrenzklausel nach § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. herbeizuführen, und gestattet dem Handlungsgehilfen erst später das früher einmal existent gewordene sofortige Kündigungsrecht als Grund für die Vernichtung der Konkurenzklausel geltend zu machen, so öffnet man nicht nur, wie auch Lehmann und Ring zugeben müssen, zahlreichen Prozessen Tor und Tür, weil der Gehilfe sich nachträglich stets darauf berufen werde, daß der Prinzipal ihm während des Dienstverhältnisses irgend einmal einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung gegeben habe, sondern verbessert auch noch die an und für sich schon günstige Position des Handlungsgehilfen auf Kosten seines früheren Prinzipals in unberechtigter Weise.

Vertritt man aber die Staubsche Ansicht, so ergibt sich als Konsequenz hiervon, daß der Handlungsgehilfe nur gegen sofortige Aufgabe seiner Stellung die Konkurrenzklausel vernichten kann, ein besonders für einen Familienvater ganz unerträglicher Zustand. Den Vorteil der Vernichtung der Konkurrenzklausel wird also der Handlungsgehilfe nur gegen den Nachteil sofortiger Dienstaufgabe einlösen können. Diese Ansicht Staubs würde aber in ihren Folgerungen geradezu geeignet sein, die Vorteile, die § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. dem Handlungsgehilfen bei vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals bringen will, praktisch unmöglich zu machen.

---

raums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind.

Ich kann mich demnach weder der einen noch der anderen Ansicht vollständig anschließen und glaube einen richtigen Mittelweg einzuschlagen, wenn ich verlange, daß der Prinzipal auf sein vertragswidriges Verhalten vom Handlungsgehilfen aufmerksam gemacht werden muß, wenn die Wirkung von § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. erzielt werden soll. Das Dienstverhältnis auch tatsächlich sofort zu kündigen, braucht der Handlungsgehilfe m. E. nicht. Unterbleibt aber dieser Hinweis, so liegt m. E. hierin die Verzeihung des vertragswidrigen Verhaltens und somit die Neubestätigung der an sich hinfällig gewordenen Konkurrenzklausel. Die von den Gegnern beider Ansichten vorgebrachten Bedenken dürften meinem Vorschlag wohl kaum entgegengehalten werden können.

Liegt ein wichtiger Grund vor, der den Handlungsgehilfen zur berechtigten, sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses veranlaßt hat, so kann der Prinzipal die hierdurch hinfällig gewordene Klausel auch nicht durch eine weiterhin fortgesetzte Gehaltzahlung aufrechterhalten.[1])

II. a) Nach § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. geht der Prinzipal seiner Ansprüche aus der Konkurrenzklausel auch dann verlustig, wenn er das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat. Die Regel ist also, daß der kündigende Prinzipal die Ansprüche aus der Klausel nicht geltend machen kann. Ergibt sich aber für den Prinzipal zur Kündigung ein erheblicher, von ihm nicht verschuldeter Anlaß, so hat die Kündigung keinen Einfluß auf das Fortbestehen der Konkurrenzklausel. Dieser letztere Fall wird, wie Staub

---

[1]) Staub zu § 75 S. 293.

bemerkt,[1]) obwohl die Ausnahme von der Regel, tatsächlich doch die Regel bilden.

Unter Kündigung gegenüber dem Handlungsgehilfen ist hier nicht nur die gesetz- oder vertragsmäßige, sondern auch die Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verstehen.[2]) Letztere wird besonders dann eintreten, wenn das Betragen des Handlungsgehilfen dem Prinzipal einen wichtigen Grund gegeben hat, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 72 H.G.B. aufzulösen. Ist aber der Dienstvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen und läuft ohne Kündigung ab, so hindert die Nichterneuerung den Prinzipal nicht an der Geltendmachung der Konkurrenzklausel.[3])

Es ist auffällig, daß hier abweichend von den Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. nicht ein vertragswidriges Verhalten, insbesondere aber nicht ein solches, das zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses einen wichtigen Grund bildet, erforderlich ist.[4]) Nach Satz 2 braucht nicht ein wichtiger Grund vorzuliegen, es genügt vielmehr, wenn es ein Grund ist, der nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß bildet zur Kündigung des Dienstvertrages.[5]) Unter einem solchen einen erheblichen Anlaß bildenden Grunde zur Kündigung ist aber nicht nur einer der wichtigen Gründe im Sinne von §§ 70, 72 H.G.B. zu verstehen, welche die sofortige Entlassung rechtfertigen, sondern weiter jede in dem Verhalten des Handlungsgehilfen

---

[1]) Zu § 75 S. 293.

[2]) vgl. Steiner S. 18.

[3]) vgl. Düringer und Hachenburg zu § 75 I b, bb am Schluß S. 242 und Reinshagen S. 34 Anm. 1.

[4]) vgl. Düringer und Hachenburg zu § 75 I b, aa S. 242.

[5]) vgl. Staub zu § 75 Anm. 3 b S. 293.

liegende Veranlassung, welche nach der Auffassung des Verkehrs den Prinzipal zu einem Wechsel in der Person des Gehilfen berechtigt.[1]) Erheblicher Anlaß und wichtiger Grund sind also nicht identisch. Das ergibt auch die Entstehungsgeschichte.[2]) Vielmehr schließt der erhebliche, unverschuldete Anlaß die wichtigen Auflösungsgründe der §§ 70, 72 H.G.B. in sich ein.

Auch hier ist wieder für die Beurteilung jedes einzelnen Falles bei der Dehnbarkeit des Begriffes „erheblicher" Anlaß dem freien richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen, der nur insofern etwas eingeengt ist, als dieser erhebliche Anlaß vom Prinzipal nicht verschuldet sein darf. „Ob der Anlaß auf die Charakterisierung als erheblich Anspruch hat, ist von dem Richter unter Berücksichtigung der im Handelsgewerbe bestehenden Anschauungen und Gebräuche festzustellen, wobei jedoch wohl im Auge gehalten werden muß, daß es dem Gesetze nicht entsprechen würde, dem Prinzipal die Möglichkeit zu gewähren, an sich bedeutungslose Vorkommnisse zu erheblichen Anlässen zu stempeln."[3])

Wohlbegründete Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen wird als erheblicher Anlaß zur Kündigung genügen, ohne daß der Prinzipal in der Lage zu sein braucht, dem Richter darzutun, daß er zur Kündigung nach §§ 70, 72 H.G.B. berechtigt sei.[4]) Ein solcher Anlaß wäre z. B. auch

---

[1]) vgl. Fuld S. 96.

[2]) vgl. Denkschrift S. 64; Kommissionsbericht bei Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 6 S. 569; O.L.G. Hamburg 14. 12. 1903, R.O.L.G. Bd. 8 S. 97, Recht 1904 S. 227.

[3]) Fuld S. 97.

[4]) vgl. Kommissionsbericht S. 44; Hahn-Mugdan S. 569.

gegeben, wenn sich der Handlungsgehilfe für die ihm übertragene Stellung nicht eignet.[1])

Der erhebliche Kündigungsanlaß gibt aber dem Prinzipal kein Recht, die Klausel geltend zu machen, wenn er denselben verschuldet hat. Aus dem Wortlaute des Gesetzes ist aber nicht zu entnehmen, daß der erbliche Kündigungsanlaß andererseits vom Handlungsgehilfen verschuldet sein muß. Auch ein Dritter, oder die ganze Geschäftslage kann einen vom Prinzipal nicht verschuldeten erheblichen Anlaß zur Kündigung herbeiführen. So liegt z. B. ein erheblicher Anlaß im Sinne von § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. vor, wenn in der Person des oder der Geschäftsinhaber eine Veränderung eintritt, die Veranlassung gibt, daß die bisher von einem Handlungsgehilfen besorgten Geschäfte nunmehr von einem der Geschäftsinhaber wahrgenommen werden.[2]) Andererseits bildet die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals an sich keinen unverschuldeten erheblichen Anlaß für die Kündigung gegenüber dem Handlungsgehilfen.[3])

Sind aber beide Teile schuld, wie das namentlich bei Streitigkeiten der Fall sein wird, dann wird die Konkurrenzklausel hinfällig werden; denn es liegt kein vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß vor.[4])

Die Beweislast, daß der erhebliche Anlaß nicht verschuldet ist, trägt der Prinzipal.[5])

---

[1]) O.L.G. Hamburg 14. 12. 1903 Recht, 8,227.

[2]) O.L.G. Jena 27. 10. 1902, Recht 1903 S. 566.

[3]) R.G. 29. 9. 1903, J.W. 1903 S. 389,20.

[4]) Staub zu § 75 Anm. 3b S. 294; Horrwitz S. 124,2a; vgl. Kommissionsbericht S. 44; Hahn-Mugdan S. 569.

[5]) Steiner S. 20; Fuld S. 96; R.G. 29. 9. 1903, J.W. 1903 S. 389,20.

b) Wie nun aber, wenn ihm dieser Beweis nicht gelingt? Soll der Prinzipal, wenn er ohne einen erheblichen von ihm nicht verschuldeten Anlaß das Dienstverhältnis gekündigt hat, seiner Ansprüche aus der Klausel verlustig gehen? Das Gesetz kommt ihm hier entgegen und bestimmt weiter in § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B., daß der Prinzipal sich trotz seiner Kündigung, einerlei aus welchem Grunde, seine Ansprüche aus der Klausel noch dadurch erhalten kann, daß er dem Gehilfen während der Dauer der Beschränkung sein zuletzt bezogenes Gehalt fortbezahlt.

In den an den Reichstag gelangten beiden ersten Entwürfen war eine solche Bestimmung noch nicht enthalten. In der Denkschrift zum ersten Entwurfe[1]) wurde sogar der Vorschlag abgelehnt, die Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß dem Gehilfen eine besondere Vergütung gewährt werde für die Beschränkung, der er sich unterwerfe. In der Begründung der Ablehnung heißt es: „Der Vorschlag übersieht aber, daß die Höhe der Nachteile, die dem Gehilfen aus dem Verbot erwachsen, in erster Linie von dem Umfange der Beschränkungen abhängt, denen er durch dasselbe unterworfen wird. Mit Rücksicht hierauf kann das Gesetz, ohne die Forderungen der Gerechtigkeit zu verletzen, nicht eine Ausgleichung vorschreiben, bei welcher das von dem Gehilfen im Dienste des betreffenden Prinzipals bezogene Gehalt den ausschließlichen Masstab bildet. Zudem würden die fortdauernden Leistungen, welche eine derartige Regelung dem Prinzipal auferlegt, den kleineren Gewerbetreibenden die Möglichkeit entziehen, vom Konkurrenzverbot auch innerhalb derjenigen Grenzen Gebrauch zu

[1]) vgl. Mugdan, Materialien S. 241.

machen, in denen es berechtigt und zum Schutze ihrer Interessen geboten erscheint."

Erst auf Grund der Verhandlungen des deutschen Handelstages[1]) scheint die Kommission des Reichstages dem § 75 Abs. 1 S. 2 H.G.B. den Wortlaut in der jetzigen Fassung gegeben zu haben. Man ging dabei von der Erwägung aus, daß ohne eine solche Vorschrift der Prinzipal, wenn er einen erheblichen Anlaß zur Kündigung nicht nachweisen könnte, besonders bei kleinen Schikanen des Handlungsgehilfen gezwungen sei, solche Gehilfen in seinen Diensten zu behalten oder auf die Konkurrenzklausel zu verzichten.[2])

Manche Schriftsteller[3]) betonen, daß es dieser letzten Bestimmung in § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. an praktischer Bedeutung fehle. Der Prinzipal könne dieselbe Wirkung, also die Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel, dadurch erzielen, wenn er unter Opferung des Gehaltes von seinem Kündigungsrechte gegenüber dem Handlungsgehilfen keinen Gebrauch mache, den Gehilfen aber nicht beschäftige. Ihre Ansicht kann ich nicht teilen. Eine solche Behandlung von seiten des Prinzipals würde m. E. ein vertragswidriges Verhalten im stärksten Maße enthalten, das dem Handlungsgehilfen zur Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist einen wichtigen Grund geben würde. Diese Handlungsweise des Prinzipals wird also nicht den ferneren

---

[1]) vgl. Verhandlungen des 23. deutschen Handelstages 15. und 16. 10. 1896 S. 22.

[2]) vgl. Kommissionsbericht bei Mugdan, Materialien S. 569.

[3]) Ritter, Die Konkurrenzklausel im neuen Recht, d. J.Z VII Nr. 15 S. 349 ff. ohne Begründung; Herz, Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht 7. Jahrgang Nr. 4 S. 97 ff.; Reinshagen S. 35; Tiedenmann S. 117.

Bestand der Konkurrenzklausel, sondern ihren endgültigen Verlust zur Folge haben; denn wenn der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund gibt, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 H.G.B. aufzulösen, so kann er nicht durch Fortzahlung des Gehaltes an den Handlungsgehilfen die Konkurrenzklausel aufrechterhalten. Das folgt ohne weiteres aus der Satzstellung des § 75 Abs. 1 H.G.B. Der Handlungsgehilfe hat m. E. nicht nur ein Recht auf Gehalt, sondern auch ein Recht auf Beschäftigung.[1]) Wird er nicht beschäftigt, so leistet er auch keine kaufmännischen Dienste und ist dann auch kein Handlungsgehilfe im Sinne von § 59 H.G.B.

Eine solche durch Fortzahlung des Gehaltes aufrechterhaltene Konkurrenzklausel hat ohne Zweifel den Bestimmungen des § 74 H.G.B. zu genügen.

Daß § 74 Abs. 3 Anwendung zu finden hat, dürfte aus § 5 der Abhandlung ohne weiteres hervorgehen. Auch die Anwendung von § 74 Abs. 2 H.G.B. auf eine solche Klausel wird allgemein zugegeben: die Beschränkung darf die Maximalgrenze von drei Jahren nicht übersteigen. Auch der Kommissionsbericht bemerkt hierzu,[2]) daß der Prinzipal zur Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel die Möglichkeit habe, längstens für die Dauer von drei Jahren dem Handlungsgehilfen unverkürzt sein Gehalt weiterzuzahlen. Aber auch den Bestimmungen des § 74 Abs. 1 H.G.B. hat eine solche Klausel zu entsprechen: der Handlungsgehilfe darf durch die Fortzahlung des Gehaltes in seiner ferneren gewerblichen Tätigkeit vom Prinzipal nur insoweit beschränkt werden, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die

[1]) A. A. Reinshagen S. 35.

[2]) S. 44.

Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Wäre diese Ansicht nicht richtig, so würde regelmäßig der Prinzipal bei der Kündigung die für ihn günstigste Erklärung über die Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel dem Handlungsgehilfen gegenüber abgeben. Diese würde aber lauten auf Gehaltsfortzahlung drei Jahre lang von Auflösung des Dienstverhältnisses ab, im übrigen auf unbeschränkten Ausschluß der gewerblichen Tätigkeit in gegenständlicher und räumlicher Beziehung. Der Handlungsgehilfe dürfte also innerhalb von drei Jahren nirgends irgend ein Geschäft errichten, noch in ein solches eintreten. Das würde aber einen groben Verstoß gegen die Sittlichkeit und das Prinzip der allgemeinen Gewerbefreiheit bedeuten. Die in der Konkurrenzklausel selbst, resp. in dem richterlichen Urteile festgestellte Grenze der ferneren Beschränkung in der gewerblichen Tätigkeit ist vielmehr auch für die durch Gehaltsfortzahlung aufrechterhaltene Konkurrenzklausel maßgebend. Einer vertragsmäßigen Änderung dieser Grenzen bei der Kündigung dürfte freilich nichts im Wege stehen; ihre einseitige Änderung durch den Prinzipal besonders in zeitlicher Beziehung ist aber m. E. ausgeschlossen.[1])

---

[1]) vgl. Staub zu § 45 Anm. 4 S. 293; Reinhagen S. 36. Teilweise a. A. Steiner S. 22. a) Setzt die Konkurrenzklausel des Vertrages eine kürzere als dreijährige Dauer fest, so kann auch durch Erbieten der Gehaltsfortzahlung die Frist über die vertragsmäßige Zeit nicht verlängert werden. b) Umgekehrt aber wird mittels des Arguments, daß das Größere das Kleinere in sich schließt, der Prinzipal gleich bei der Kündigung erklären können, daß er die Fortdauer des vertragsmäßigen Konkurrenzverbotes gegen Gehaltsfortzahlung nur auf eine kleinere als die vertragsmäßig vorgesehene Zeit verlange.

Der Prinzipal hat sich darüber, ob er gegen Übernahme der Verpflichtung dem Handlungsgehilfen das von ihm bezogene Gehalt weiterzuzahlen, die Konkurrenzklausel aufrechterhalten wolle, oder ob er den als regelmäßige Folge seiner Kündigung eintretenden Verlust seiner Ansprüche eintreten lassen wolle, spätestens, falls nicht Kündigung und Beendigung zeitlich zusammenfallen, bei der Kündigung zu erklären, nicht aber erst bei der Beendigung des Dienstverhältnisses. Schon infolge der Dehnbarkeit des Begriffes „erheblicher Anlaß" befindet sich der Handlungsgehilfe regelmäßig in Ungewißheit darüber, ob die Kündigung seitens des Prinzipals den Verlust der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel nach sich ziehen werde. Die Erklärung des Prinzipals, ob er das Gehalt fortbezahlen wolle oder nicht, ist imstande, diese Ungewißheit zu beseitigen. Würde sie aber erst bei Beendigung des Dienstverhältnisses zu erfolgen haben, nicht aber schon bei der Kündigung, so würde hierdurch die Ungewißheit des Handlungsgehilfen über die Rechtsbeständigkeit der Klausel nicht nur nicht verringert, sondern im Gegenteil im höchsten Maße vergrößert und die Lage des Handlungsgehilfen nur noch verschlechtert werden. Andererseits würde dann aber auch dem Prinzipal die Möglichkeit gegeben, in dem zwischen Kündigung und Beendigung des Dienstverhältnisses liegenden Zeitraum Erkundigungen einzuziehen, ob der Gehilfe in einem Konkurrenzgeschäft wirklich Stellung gefunden hat oder nicht, und könnte dann, je nach der Sachlage, eine ihm günstige Erklärung über die Gehaltsfortzahlung dem Handlungsgehilfen abgeben.[1])

[1]) In ähnlicher Weise suchen auch Düringer und Hachenburg diese Ansicht zu begründen: Die Bemühungen des Handlungsgehilfen für sein weiteres Fortkommen seien wesentlich davon beeinflußt, ob er

Gibt er aber eine diesbezügliche Erklärung nicht oder nicht rechtzeitig ab, so hat er seine Rechte aus der Klausel verwirkt. „Der Prinzipal, welcher durch die Fortzahlung des Gehaltes die Aufrechterhaltung der Klausel herbeiführen will, ist also verpflichtet, dies ausdrücklich mitzuteilen, da eine Vermutung in dieser Hinsicht nicht besteht.“[1])

Da der Prinzipal bei der Kündigung die Frist für die Konkurrenzenthaltung einseitig nicht verändern kann, so wird ihm dieses Recht noch weniger während der Dauer der Beschränkung zugestanden werden dürfen. Er wird demgemäß auch nicht beliebig auf die Enthaltung der Konkurrenztätigkeit unter Entziehung der weiteren Gehaltszahlung plötzlich verzichten können. An seine Erklärung ist der Prinzipal vielmehr gebunden. Damit fällt aber auch die von Steiner[2]) vertretene Ansicht, der Prinzipal könne mit der Gehaltszahlung unter Einhaltung der im Dienstvertrage oder gesetzlich für die Kündigung des nunmehr beendeten Dienstverhältnisses vorgeschriebenen Zeit aufhören, in sich zusammen.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Aufhebung der Klausel mit vertragsentsprechender bezw. gesetzlicher Kündigungsfrist dem Gehilfen, wenn auch nicht stets, so doch wenigstens sehr oft erwünschter als die Fortdauer der Beschränkung mit Gehaltszahlung zwar nicht sein muß, wohl aber sein kann, so darf doch m. E. dem Prinzipal unter keinen Umständen erlaubt werden, auf irgendwelche Weise die von ihm abgegebene Erklärung rückgängig zu machen.

---

die Konkurrenzklausel zu beachten habe oder nicht. Die Erklärung sei deshalb bei der Kündigung abzugeben.

[1]) Staub zu § 75 Anm. 4 S. 293; Herz bei Holdheim 7 S. 99; Fuld S. 98.

[2]) S. 22 c, d.

Würde man ihm diese Konzession aber machen, so müßte man auch die analoge Anwendbarkeit der für das bestandene Dienstverhältnis maßgebenden Kündigungsfristen auf das nunmehr neu entstandene Rechtsverhältnis hinsichtlich der vereinbarten Klausel zugestehen, eine Auffassung, die sich nicht einmal aus dem Wortlaute des Gesetzes rechtfertigen ließe.

Hat sich aber der Prinzipal nun zur Fortzahlung des Gehalts bereit erklärt, so kann der Gehilfe weder Vorauszahlung noch Sicherheitsleistung fordern. Zahlt der Prinzipal seinem früheren Handlungsgehilfen das Gehalt nicht fort, so verliert er auch seine Rechte aus der Klausel, oder der Gehilfe kann seinen Anspruch auf Weiterzahlung geltend machen. Kommt er mit der Fortzahlung in Verzug, so kann ihm der Gehilfe zur Bewirkung der unterbliebenen Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Zahlung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gehilfe berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von der Konkurrenzklausel zurückzutreten, wenn nicht die Zahlung erfolgt ist. Hat die Fortzahlung des Gehalts infolge des Verzugs des Prinzipals für den Gehilfen kein Interesse mehr, so stehen ihm die ebenerwähnten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.[1])

Falls der Gehilfe während der betreffenden Zeit gleichwohl eine andere Stellung erhält, die keinen Verstoß gegen die Konkurrenzklausel bildet, so darf trotzdem nicht der ihm zu zahlende Gehalt um den Betrag gekürzt werden, den er aus der neuen Beschäftigung zieht.[2])

---

[1]) Art. 2 E.G. H.G.B.; B.G.B. § 326.

[2]) vgl. Kommissionsbericht S. 44; Hahn-Mugdan S. 569.

Im Anschluß an § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. ist auch die Frage aufgeworfen worden, was unter dem zuletzt bezogenen Gehalt zu verstehen sei. M. E. ist unter dem Gehalt im Sinne der Vorschrift des § 75 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. nicht nur die nach Zeiträumen bemessene feste Vergütung, der eigentliche Gehalt, der Hauptbezug, sondern auch die Summe der Nebenbezüge, wie Tantiemen und Provisonen, zu verstehen.[1])

Die Gegner dieser Ansicht verstehen unter Gehalt im Sinne unserer Vorschrift lediglich den reinen Gehalt abzüglich Provision und Tantieme.[2])

Wenn man auch zugeben muß, daß das Gesetz die Summe der Haupt- und Nebenbezüge nicht als Gehalt sondern als Vergütung bezeichnet, so würde doch diese dem Wortlaute des Gesetzes zwar vollkommen entsprechende Auslegung zu Resultaten führen, wie ich weiter unten ausführen werde, die mit dem wirklichen Willen des Gesetzgebers wohl kaum in Einklang stehen dürften. Ihre weitere Begründung aus der Entstehungsgeschichte: man habe ursprünglich dem Gehilfen nur einen Teil seines Gehaltes zuwenden wollen, erscheint mir unzulässig. Gerade die Entstehungsgeschichte weist ausdrücklich darauf hin,[3]) daß als Gehalt im Sinne dieser Bestimmungen auch Tantiemen und Naturalbezüge zu verstehen seien.

Der Stand der Handlungsgehilfen setzt sich nicht nur aus solchen Personen zusammen, die für die Leistung ihrer kauf-

---

[1]) vgl. Staub zu § 75 Anm. 4 S. 294 u. d. J.Z. II S. 336 1. und 2. Spalte; Goldmann zu § 75 I S. 365; Lehmann und Ring zu § 75 Nr. 3 S. 182; Horrwitz S. 125; Herz bei Holdheim VII S. 98.

[2]) Düringer und Hachenburg zu § 75 I S. 243; Steiner S. 24—25; Makower zu § 75 Ic S. 129; Reinshagen S. 37.

[3]) vgl. Kommissionsbericht S. 38, 43; Hahn-Mugdan S. 564, 569.

männischen Dienste einen nach Zeitabschnitten berechneten festen Gehalt beziehen. Es fallen unter diese Kategorie auch teils solche, die neben dem eigentlichen Gehalte noch Provisionen und Tantiemen beziehen, teils solche, die nur Provisionen und Tantiemen erhalten. Allen diesen Personen will der Gesetzgeber, gleichgültig, welche Art von Äquivalent sie für ihre kaufmännischen Dienstleistungen beziehen, die gleiche Vergünstigung zuteil werden lassen für ihre Unterwerfung unter die Konkurrenzklausel. Sie alle sollen für die Dauer ihrer Beschränkung nach Auflösung des Dienstverhältnisses von ihrem Prinzipal die gleichen Vermögensvorteile erhalten wie vor der Auflösung. Würde man aber unter Gehalt im Sinne unserer Bestimmung nur die vom Gehilfen fest bezogene Vergütung verstehen, so wäre die Folge, daß die Gehilfen nach Auflösung des Dienstverhältnisses für die Dauer ihrer Gebundenheit an die Konkurrenzklausel im Vergleich zu der bezogenen Gesamtvergütung während des Dienstverhältnisses meistenteils schlechter gestellt sein würden: Der Gehilfe, der nur reinen Gehalt erhalten hat, wird zwar auch fernerhin diesen in gleicher Weise während der Dauer der Beschränkung fortgezahlt erhalten, dagegen würde der Handlungsgehilfe, der neben dem festen Hauptbezuge auch noch Provisionen und Tantiemen erhält, dieser Nebenvergütung einfach verlustig gehen. Auf den Handlungsgehilfen aber vollends, der nur auf Tantiemen und Provisionen angewiesen ist, würde die Bestimmung im letzten Teil von Satz 2 § 75 Abs. 1 H.G.B. gar nicht zur Anwendung kommen können.[1]) Letzteres namentlich dürfte dem Willen des Gesetzgebers wohl kaum

[1]) Steiner (S. 25) meint freilich in bezug hierauf ohne weitere Begründung, daß dann diese Art der Entlohnung, Provision, Tantieme oder Gewinnbeteiligung an die Stelle des Gehaltes trete.

entsprechen. Der Prinzipal würde sich dann, wenn er ohne einen erheblichen, von ihm nicht verschuldeten Anlaß einem nur gegen Provision und Tantieme Angestellten kündigt, auf keine Art und Weise seine Ansprüche aus der Klausel trotzdem noch erhalten können.

Vereinbarungen, welche den Vorschriften des § 75 Abs. 1 H.G.B. zuwiderlaufen, sind nach § 75 Abs. 3 H.G.B. nichtig.

§ 7.

Die Folgen der Übertretung der Konkurrenzklausel.

I. Sehr oft verpflichtet sich der Handlungsgehilfe dem Prinzipal gegenüber zu der in der Konkurrenzklausel gelegenen Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses unter dem Versprechen einer Konventionalstrafe. Hat dann der Handlungsgehilfe die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, so kann nach § 75 Abs. 2 H.G.B. der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Strafe bleiben unberührt.

Diese Bestimmung steht nicht nur im Gegensatz zum alten Rechte, sondern weicht auch von einer ähnlichen Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches ab.

Nach dem allgem. deutschen H.G.B. Art. 274 Abs. 1 galten die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig. Durch diese Bestimmung in Verbindung mit Art. 273 Abs. 1, wonach alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Be-

triebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen sind, war eine Vermutung für die handelsgeschäftliche Qualität aller Verträge eines Kaufmanns aufgestellt, dergestalt, daß dieselben als Handelsgeschäfte zu beurteilen waren, wenn es nicht zweifellos war, daß sie außerhalb des Gewerbebetriebes abgeschlossen waren.[1])

Nach allgem. deutschen H.G.B. Art. 277 waren bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines Kontrahenten ein Handelsgeschäft war, die Bestimmungen des 4. Buches des allgem. deutschen H.G.B. in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden, sofern nicht aus jenen Bestimmungen sich ergab, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen bezogen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft war.

Gemäß dieser Vorschrift in Verbindung mit allgem. deutschen H.G.B. Art. 284 Abs. 3, wonach die Verabredung einer Konventionalstrafe im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadensersatz nicht ausschloß, konnte also der Prinzipal unter der Herrschaft des allgem. deutschen H.G.B. einen den Betrag der vereinbarten Strafe übersteigenden Schadensersatzanspruch noch geltend machen. Nach § 75 Abs. 2 H.G.B. kann er nur die verwirkte Strafe fordern; der Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Er kann nicht einmal unter Verzicht auf die versprochene Strafe den Anspruch auf Er-

---

[1]) So war z. B. der Engagementsvertrag eines kaufmännischen Prinzipals mit einem selbständigen Kaufmann ein Handelsgeschäft. Entsch. vom 28. 5. 1872; Entsch. des R.O.H.G. VI S. 97. Auch die Annahme eines Gewerbegehilfen zu technischen Leistungen gilt auf seiten des Prinzipals als Handelsgeschäft. Entsch. vom 8. 11. 1873, Entsch. des R.O.H.G. XI S. 387.

füllung der übernommenen Verpflichtung geltend machen. Diese Vorschrift weicht von der Bestimmung des § 340 Abs. 1 B.G.B. wesentlich ab. Hier kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen hat, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Nach Bürgerlichem Gesetzbuche steht dem Gläubiger also eine facultas alternativa zu, Strafe oder Erfüllung zu verlangen. Ja, er könnte sogar vereinbarungsgemäß Strafe und Erfüllung verlangen. Nach § 75 Abs. 2 H.G.B. kann der Prinzipal aber nur die Strafe beanspruchen, nur diese, eine andere Vereinbarung zu treffen ist ihm nach § 75 Abs. 3 H.G.B. untersagt.

Da nur die verwirkte Strafe verlangt werden kann, der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens aber ausgeschlossen und eine zuwiderlaufende Vereinbarung nichtig ist, so wird naturgemäß bei Verabredung einer Konventionalstrafe der Prinzipal die Summe so hoch ansetzen, daß sie ein Äquivalent bildet für die ihm sonst nach Bürgerlichem Gesetzbuche zustehenden, aber kraft positiver Vorschrift nunmehr entgangenen Rechte.

Allein „die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt“ (§ 75 Abs. 2 Satz 2 H.G.B.). Jetzt kann also nunmehr im Gegensatz zum allgem. deutschen H.G.B., wonach die Konventionalstrafe keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages unterlag (Art. 284 Abs. 1), nach § 343 B.G.B. eine unverhältnismäßig hohe Strafe auf Antrag des Handlungsgehilfen durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

Die allgemein ausgesprochene Vermutung, daß durch diese letzte Bestimmung des § 75 Abs. 2 H.G.B. die Kon-

ventionalstrafe für den Prinzipal wertlos, und infolgedessen aus den Anstellungsverträgen verschwinden werde, hat m. E. nicht in vollem Umfange seine Berechtigung. Denn bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Prinzipals, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen (§ 343 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Der Richter wird also bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen haben, daß die vereinbarte Summe dem Prinzipal nicht nur den Vermögensschaden, sondern die Erfüllung ersetzen soll.

Hat der Handlungsgehilfe eine unverhältnismäßig hohe Strafe aber einmal entrichtet, so ist eine Herabsetzung ausgeschlossen (§ 343 Abs. 1 Satz 3 B.G.B.).

Da die geschuldete Leistung, nämlich die Enthaltung von der Konkurrenztätigkeit, in einem Unterlassen besteht, so tritt die Verwirkung der Strafe schon mit der Zuwiderhandlung ein (§ 339 Satz 2 B.G.B.). Einer Mahnung des Prinzipals an den Handlungsgehilfen, sein vertragswidriges Verhalten einzustellen, bedarf es nicht, um ihn in Verzug zu setzen und so die Voraussetzung für die Verwirkung der Strafe herbeizuführen (§§ 339 Satz 1, 284 B.G.B.).

Hat nun aber der Handlungsgehilfe im Falle der Zuwiderhandlung die Konventionalstrafe gezahlt, so ist er frei und braucht die Konkurrenzklausel nicht von neuem zu beachten. Die Strafe kann also vom Prinzipal nur einmal gefordert werden. Demgemäß braucht also der Handlungsgehilfe der in der Konkurrenzklausel übernommenen Verpflichtung gar nicht zuwiderzuhandeln, sondern kann sich die ihm hierdurch auferlegten Fesseln dadurch lösen, daß er seinem früheren Prinzipal die vereinbarte Strafe zahlt.[1])

[1]) Düringer und Hachenburg bezeichnen deshalb auch die

Entspricht aber die Konkurrenzklausel nicht den Voraussetzungen der §§ 74, 75 H.G.B., so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn Prinzipal und Handlungsgehilfe die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben (§ 344 B.G.B.).

II. Wie nun aber, wenn der Handlungsgehilfe überhaupt nicht imstande ist — und das wird man wohl sehr oft annehmen können —, die Konventionalstrafe zu zahlen? Unter solchen Umständen scheint die Konkurrenzklausel für den Prinzipal ziemlich wertlos zu sein, besonders aber infolge der Bestimmungen des sogen. Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869. Die Folge hiervon wird sein, daß die Verabredung einer Konventionalstrafe aus dem Anstellungsvertrage verschwindet und der Prinzipal dann die Rechte geltend macht, die ihm für den Fall der Nichterfüllung einer übernommenen Verpflichtung zustehen. Das sind aber die Erfüllungsklage d. h. die Klage auf Unterlassung der Konkurrenztätigkeit und die Klage auf Ersatz des ihm durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schadens. Beide Klagen kann der Prinzipal sowohl alternativ wie kumulativ anstrengen.

1. Die Erfüllungsklage wird je nach der Art der Konkurrenztätigkeit verschieden sich gestalten.

a) Ist der Handlungsgehilfe als solcher in einem anderen Konkurrenzgeschäfte engagiert worden, so wird der Anspruch auf Austritt aus dem Konkurrenzgeschäfte lauten. Wegen einer jeden Zuwiderhandlung gegen seine übernommene Verpflichtung kann der Handlungsgehilfe dann auf Antrag seines früheren Prinzipals zu Geld- oder Haftstrafe verurteilt werden,

---

Strafe als den Preis, um welchen sich der Handlungsgehilfe seiner Verbindlichkeit entledigen kann.

da es sich hier um die Unterlassung einer Tätigkeit handelt. Das Maximum der Geldstrafe beträgt 1500 Mk., das der Haft sechs Monate.[1]) Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen.[2]) Die Strafe braucht aber nicht stets der angedrohten gleich zu sein, vielmehr stellt letztere die Maximalstrafe dar. Die Strafe ist für jeden Zuwiderhandlungsfall je nach der Verschuldung besonders zu bemessen.[3]) Sie ist in der Regel auch bei nur teilweiser Zuwiderhandlung festzusetzen.[4]) Wenn die Geldstrafen erschöpft sind, so kann noch die Haft in voller Dauer verhängt werden.[5]) Unzulässig ist aber, die uneinziehbaren Geldstrafen in Haft umzuwandeln.[6])

b) Hat der Handlungsgehilfe selbst ein Konkurrenzgeschäft errichtet, so geht die Klage auf Einstellung des Konkurrenzbetriebes. Der Handlungsgehilfe hat hier also neben dem Unterlassen auch ein facere zu leisten: die Schließung des Konkurrenzgeschäftes. Diese Handlung ist aber ein individuelles facere, da sie von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann und gewöhnlich ausschließlich vom Willen des Schuldners, des früheren Handlungsgehilfen, abhängt. Hier ist der Handlungsgehilfe zur Unterlassung der konkurrierenden Tätigkeit durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft bis zu sechs Monaten anzuhalten.[7]) Der materielle Erfolg für den Prinzipal ist also in beiden Fällen der gleiche.

---

[1]) vgl. C.P.O. § 890 Abs. 1.
[2]) vgl. C.P.O. § 890 Abs. 2.
[3]) vgl. R.G. 36, 419.
[4]) vgl. J.W. 1897 S. 632, 13.
[5]) vgl. R.G. 7, 358.
[6]) vgl. R.G. 7, 359.
[7]) vgl. C.P.O. § 888 Abs. 1.

2. Verlangt aber der Prinzipal Ersatz für den ihm durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schaden, so hat der frühere Handlungsgehilfe den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.[1]) Zur Herstellung dieses Zustandes kann der Prinzipal dem Handlungsgehilfen eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Prinzipal den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen.[2]) Soweit aber die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Prinzipals nicht genügend ist, hat der Handlungsgehilfe den Prinzipal in Geld zu entschädigen. Das Gleiche kann der Handlungsgehilfe tun, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.[3])

Gleichgültig aber, ob eine Konventionalstrafe vereinbart worden ist oder nicht, in beiden Fällen hat der Prinzipal die Zuwiderhandlung nachzuweisen.[4])

Für die Verjährung der Ansprüche des Prinzipals aus einer Verletzung der Konkurrenzklausel haben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu gelten, da das Handelsgesetzbuch nichts anderes bestimmt. Darnach beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung, da der Anspruch auf ein Unterlassen geht. Die Verjährungsfrist selbst beträgt 30 Jahre.[5])

---

[1]) vgl. B.G.B. § 249.
[2]) vgl. B.G.B. § 250.
[3]) vgl. B.G.B. § 251.
[4]) vgl. B.G.B. § 345.
[5]) vgl. B.G.B. §§ 194 ff.

Was die Übertragbarkeit der Ansprüche aus der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel anbetrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Anspruch bereits entstanden ist oder ob ein Anspruch für die Zukunft in Frage kommt. Die aus einer bereits erfolgten Verletzung der Konkurrenzklausel entstandenen Vermögensansprüche: das Recht auf Schadensersatz und auf die verwirkte Konventionalstrafe sind ohne Zweifel übertragbar. Soweit sich die Ansprüche aber auf die Zukunft erstrecken, ist die Übertragbarkeit beschränkt, weil der Anspruch auf seiten des Berechtigten ein wirtschaftliches Interesse voraussetzt.[1]) Denn der Anspruch besteht nur so lange als die Zweckbestimmung, der er seine Entstehung verdankt. Diese Zweckbestimmung ist aber die Ausschließung der Konkurrenz zugunsten eines bestimmten Geschäftes oder zugunsten eines bestimmten Berechtigten eines bestimmten Geschäftes. Die Übertragung dieses Geschäftes wird diejenige der Ansprüche aus der Klausel gewöhnlich nach sich ziehen;[2]) denn sie kleben am Geschäft, dessen Wert sie beeinflussen und dessen Daseinsfähigkeit von ihnen abhängt.[3]) Außerdem findet aber auch noch § 25 H.G.B. Anwendung. Ist nämlich die Konkurrenzklausel im Betriebe des Geschäfts begründet, so gilt sie dem früheren Handlungsgehilfen gegenüber als auf den neuen Inhaber übergegangen, falls der bisherige Inhaber in die Fortführung der Firma gewilligt hat.

Nach § 75 Abs. 3 H.G.B. sind Vereinbarungen, welche den Vorschriften des § 75 Abs. 1 und 2 zuwiderlaufen, nichtig. Wie ich schon auf S. 36 bemerkt habe, ist unter der im

---

[1]) vgl. Ritter.

[2]) vgl. R.G. Bd. 37 S. 176.

[3]) vgl. Horrwitz, E. II S. 125.

§ 74 Abs. 3 H.G.B. bezeichneten Vereinbarung die Konkurrenzklausel allein zu verstehen. In § 75 Abs. 3 ist dagegen mit der Vereinbarung nur ein besonderer Teil der Konkurrenzklausel, der ihr zuwiderlaufende Teil, gemeint.

Vertritt man die Ansicht, daß hier § 139 B.G.B. gemäß Art. 2 Abs. 1 E.G.H.G.B. in Anwendung zu kommen habe, so würde sich als Regel ergeben, daß eine den Vorschriften des § 75 Abs. 1 und 2 H.G.B. zuwiderlaufende Vereinbarung als Teil der Konkurrenzklausel die Nichtigkeit der Klausel selbst, und diese nichtige Klausel, wenn sie Bestandteil des Dienstvertrages wäre, die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge haben würde.

Aber auch hier ist m. E. die Anwendung des B.G.B. gemäß Art. 2 Abs. 1 E.G. z. H.G.B. auszuschließen. Das Gesetz will ausschließlich die Nichtigkeit der seiner Bestimmungen zuwiderlaufenden Vereinbarung, nicht aber die Nichtigkeit der ganzen Konkurrenzklausel oder gar des ganzen Dienstvertrages herbeiführen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.